UNIVERSITÉ DE TOULOUSE — FACULTÉ DE DROIT

DES

DIVIDENDES FICTIFS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

J. BASTIDE

AVOCAT PRÈS LE TRIBUNAL CIVIL DE RODEZ

TOULOUSE

IMPRIMERIE SAINT-CYPRIEN

(Société anonyme à capital variable)

— 27, ALLÉES DE GARONNE, 27 —

1903

DES

DIVIDENDES FICTIFS

UNIVERSITÉ DE TOULOUSE — FACULTÉ DE DROIT

DES

DIVIDENDES FICTIFS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

J. BASTIDE

AVOCAT PRÈS LE TRIBUNAL CIVIL DE RODEZ

FAC. D. LIBR. BAT. BIBL.

TOULOUSE

IMPRIMERIE SAINT-CYPRIEN

(Société anonyme à capital variable)

— 27, Allées de Garonne, 27 —

1903

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

MM. A. DELOUME, ✻, Doyen, professeur de Droit romain.
PAGET, ✻, Doyen honoraire, professeur de Droit romain.
CAMPISTRON, professeur de Droit civil.
WALLON, professeur de Droit civil.
BRESSOLLES, professeur de Procédure civile.
VIDAL, professeur de Droit criminel.
HAURIOU, professeur de Droit administratif.
BRISSAUD, professeur d'Histoire générale du Droit.
ROUARD DE CARD, professeur de Droit civil.
MÉRIGNHAC, ✻, professeur de Droit international public et de Législation et économie coloniales.
TIMBAL, professeur de Droit constitutionnel.
DESPIAU, professeur de Législation française des finances et de Législation et Economie industrielles.
HOUQUES-FOURCADE, professeur d'Economie politique.
FRAISSAINGEA, professeur de Droit commercial et de Droit maritime.
MARIA, professeur d'histoire du Droit public et de principes du Droit public.
GHEUSI, professeur de Droit international privé.
MESTRE, agrégé des Facultés de Droit, chargé de Cours.
MAGNOL, docteur en Droit, suppléant.

HABERT, ✻, licencié en Droit, secrétaire des Facultés de Droit et des Lettres.

HUC, ✻, conseiller honoraire à la Cour de Paris, professeur honoraire.
POUBELLE, G. O. ✻, ancien ambassadeur de France, professeur honoraire.

Président de la Thèse : M. FRAISSAINGEA.

SUFFRAGANTS { MM. BRESSOLLES.
MÉRIGNHAC, ✻.

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

BIBLIOGRAPHIE

ALAUZET. — *Commentaire du Code de Commerce.* Paris 1868.

BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de Droit Civil.* Paris 1901.

BÉDARRIDE. — *Commentaire de la loi du 24 Juillet 1867.* Paris 1877.

BÉDARRIDE. — *Des Sociétés.* Paris 1876.

BOISTEL. — *Précis de Droit Commercial.* Paris 1884.

BRAVARD et DEMANGEAT. — *Traité des Sociétés Commerciales.* Paris 1861.

DELOISON. — *Traité des Sociétés Commerciales.* Paris 1882.

FRÉMERY. — *Etudes de Droit Commercial.* Paris 1835.

HOUPIN. — *Traité général théorique et pratique des Sociétés Civiles et Commerciales,* 3e édition. Paris 1899.

LOCRÉ. — *Esprit du Code de Commerce,* Paris MDCCCVII.

LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de droit Commercial,* 3e édition, tome II. *Sociétés.* Paris 1900.

MOLINIER. — *Traité de droit Commercial.* Paris 1841.

PARDESSUS. — *Cours de droit Commercial.* Paris 1856-1857.

PONT. — *Commentaire-traité des Sociétés Civiles et Commerciales.* Paris 1884.

RIVIÈRE. — *Commentaire de la loi du 24 Juillet 1867.* Paris 1868.

THALLER. — *Traité élémentaire de droit Commercial.* Paris 1900.

TROPLONG. — *Commentaire sur le contrat de Sociétés civiles et commerciales.* Paris 1843.

VAVASSEUR. — *Traité des Sociétés civiles et commerciales.* Paris 1897.

DALLOZ. — *Répertoire de législation* (*Société*). Paris 1859 et 1895.

Pandectes Françaises. — Répertoire de législation. (*Société*). Paris 1902.

Moniteur Universel. — Compte-rendu des Débats Parlementaires.

INTRODUCTION

Le développement des sociétés a pris un essor considérable pendant le cours de ce siècle. Il n'est pas une branche de l'industrie ou du commerce, où le principe vivifiant de l'association, n'ait produit ses féconds résultats

L'effort individuel, trop souvent stérile et impuissant à lutter sans l'aide aujourd'hui indispensable des capitaux obtenus par le groupement, est obligé en leur absence de se cantonner dans les spéculations secondaires et peu importantes. La société absorbe tout; le métier est devenu industrie, l'atelier usine, la boutique entrepôt.

Les résultats de tout cela ont été bienfaisants pour le plus grand nombre, pour la masse. En effet, la production moins onéreuse a favorisé l'*accès pour tous*, de ce que l'on considérait autrefois comme le luxe. La participation de tous à cette production facilitée, a permis à l'épargne de trouver un placement fructueux. L'association a rendu possibles enfin, tous les grands travaux d'utilité publique,

voies de communication, moyens de transport, etc., que seuls d'immenses capitaux pouvaient aborder.

Mais à côté de ces bienfaits, la liste des déceptions est longue. Par la rapidité des fortunes réalisées dans les opérations des grandes sociétés, le goût de bénéfices faciles et peu pénibles à acquérir s'est développé et avec lui le sens de la spéculation; l'agiotage est né. Les petites fortunes se sont ruées vers les sociétés, fascinées par les résultats merveilleux qu'on leur faisait entrevoir, séduites par l'appât des bénéfices inespérés qui leur étaient promis. Nous avons assisté à des catastrophes, à des désastres, où ont sombré les économies de la petite épargne.

Tout cela est dû à des fraudes et à des manœuvres coupables dont la liste serait trop longue.

La loi a essayé de lutter contre ces résultats, mais en vain, car chaque nouvelle restriction suscitait une nouvelle fraude.

Le mal est plutôt dans la crédulité naïve des personnes, que dans le défaut de protection. Cependant toutes ces ruines ont, semble-t-il, instruit le public; celui-ci tend de plus en plus, à se préoccuper des moyens que la société qui lui demande son concours, compte mettre en œuvre pour se procurer les bénéfices promis. Le jour où chacun voudra bien examiner avec soin la constitution, c'est-à-dire les statuts des sociétés avant de s'engager avec elles, la loi, pensons-nous, n'aura pas à s'efforcer d'édicter des mesures qui ne peuvent être qu'une entrave pour l'initiative individuelle, et ne sont jamais une sécurité.

C'est l'une des fraudes habituelles que nous nous sommes proposé d'étudier : *les distributions de dividendes fictifs.*

C'est la manœuvre la plus fréquente, et l'on peut dire qu'il n'est pas de faillite de sociétés sans que cette question soit mise en jeu.

Par des inventaires faussés, on annonce et on distribue effectivement des bénéfices considérables, le plus souvent pris sur le capital social, alors que des pertes importantes l'ont déjà en partie absorbé.

Les tiers, confiants et séduits, contractent avec la société, deviennent, par exemple, obligataires, achètent des actions, engagent des opérations commerciales, convaincus de la prospérité de leur co-contractant. Puis, tout à coup, ils apprennent que tout cela est faux, que la faillite est prononcée, et ils en sont réduits à toucher un dividende infime dans la liquidation.

La loi s'est, à différentes époques, occupée des distributions de dividendes fictifs. Ce sont ses diverses dispositions que nous nous sommes proposé d'étudier.

Nous avons d'abord cherché à déterminer ce que l'on entend par dividendes fictifs, et dans une seconde partie, nous avons essayé le commentaire des diverses lois ayant régi la matière.

Nous avons laissé une grande place à la jurisprudence, car son importance est capitale dans les questions commerciales et industrielles.

Chaque fois que nous avons remarqué une tendance ou une direction particulières, nous avons

donné *in extenso* les considérants d'une des décisions qui nous paraissait établir le mieux le principe admis. Nous avons recherché avec soin dans les différents auteurs, dont nous avons pu nous procurer les ouvrages, les diverses solutions données aux questions que nous avons étudiées, et nous nous sommes efforcé de rapporter ces solutions avec le plus grand soin.

Les travaux parlementaires nous ont été d'un utile concours dans notre étude ; nous n'avons pas manqué d'y recourir fréquemment. D'ailleurs, en une matière qui n'en est pas encore arrivée à sa solution définitive, nous pensons que les divers systèmes ou les divers arguments apportés à la tribune ou dans les rapports des commissions, sont très précieux pour marquer les idées qui ont présidé à l'évolution de cette partie de notre législation commerciale.

Nous avons réuni, enfin, en une annexe les différents textes de lois que nous avons invoqués au cours de notre étude.

TITRE PREMIER

Dividendes réels et dividendes fictifs.

CHAPITRE PREMIER

Dividendes et Bénéfices.

On appelle dividendes la part des bénéfices résultant des opérations sociales, destinée à être distribuée entre les associés suivant les clauses du contrat de société (1).

En l'absence de bénéfices, on ne conçoit pas de dividendes ; il importe, par conséquent, de déterminer ce que l'on entend par bénéfice.

Le bénéfice est l'excédent des valeurs produites sur les valeurs consommées, c'est-à-dire la différence entre les valeurs engagées dans une opération et le

(1) Le mot « dividende » est généralement employé quand il s'agit de sociétés par actions ; dans les sociétés en nom collectif ou en commandite simple, on use plus souvent du mot de « bénéfice » ou de celui « d'intérêt », mais il est désormais entendu que nous nous servirons indistinctement de l'expression « dividende » pour toutes les sociétés.

produit de cette opération, en supposant ce produit supérieur aux valeurs engagées ; la réciproque constituerait la perte (1).

On divise le bénéfice en bénéfice brut et bénéfice net.

Le bénéfice brut se calcule indépendamment des frais généraux ; le bénéfice net déduction faite de ces frais. Nous n'insistons pas sur ces données élémentaires.

En pratique, ces règles sont facilement applicables lorsqu'il s'agit d'une opération déterminée, simple et de peu de durée ; mais c'est un cas très rare en matière de société, et il n'y a guère que des sociétés en participation qui se créent pour un but aussi restreint.

Des questions délicates naissent, au contraire, quand on se trouve en présence d'une société fondée pour l'exploitation d'une branche d'industrie ou de commerce à durée très longue, souvent indéfinie, comme la plupart des sociétés anonymes, par exemple. A chaque instant alors, s'élèvent des conflits entre des nécessités pratiques inéluctables et les règles de droit strict.

(1) Nous n'entrons pas, bien entendu, ici, dans les discussions qui s'élèvent sur les éléments constitutifs du bénéfice et les diverses formes qu'il affecte ; ces discussions sont du domaine de l'*Economie politique*. Nous signalerons simplement la théorie de M. Gide qui tendrait à assimiler les dividendes à l'intérêt, et tout apport dans les sociétés à responsabilité limitée à un prêt source de cet intérêt. (Gide, *Principes d'économie politique*, pp. 499-536.)

L'étude de ces difficultés, est essentiellement connexe à toute question soulevée au sujet des dividendes. Elle s'impose ici.

Quand peut-on dire qu'une société est en bénéfice?

Logiquement, et en théorie pure, il est bien évident que l'on ne peut connaître le résultat des opérations sociales qu'à la fin de ces opérations ; on ne peut savoir si une société est en bénéfice ou en perte qu'à la *liquidation* ; à cette époque seulement, on peut utilement comparer les valeurs engagées dans les opérations sociales avec le résultat de ces opérations. « Le bénéfice, dit M. Duvergier, c'est l'excédent du produit de la liquidation sur le fonds social primitif ; la perte, c'est le déficit (1). »

Il se déduit logiquement de ce principe qu'il ne devrait être question, en réalité, de distributions de dividendes qu'à la fin de la société.

Justinien disait : *Si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit : compensatione facta, solum quod superest, intelligetur lucri esse* (2). Et Paul, en termes plus généraux : *Neque enim lucrum intelligitur, nisi omni damno deducto ; neque damnum, nisi omni lucro deducto* (3).

Cette opinion a été soutenue (4), et l'on a immé-

(1) Pont, n. 428 et suivants, n. 1477. — Vavasseur, n. 631. — Duvergier, n. 16. — Lyon-Caen et Renault, n. 55.

(2) *Inst.*, Lib. III, tit. XXVI, § 2 *in fine*.

(3) L. 30, ff. *Pro. soc.*

(4) Dalloz, *Sociétés*, n. 386.

diatement cherché des références dans l'ancien droit ; on a découvert que Straccha, au seizième siècle, c'est-à-dire à l'époque où les grandes compagnies commerciales commencent à se créer, enseigne que les commanditaires doivent laisser tous les bénéfices dans la Société, en d'autres termes, que l'on ne peut songer au partage des bénéfices qu'à la clôture des opérations sociales (1).

On trouve de même, dans les statuts des marchands de Sienne, une clause qui établit que l'associé qui voudra voir sa responsabilité limitée au capital engagé et *aux fruits acquis*, doit le déclarer au notaire (2). Ce qui semble indiquer que l'associé ne touchera de dividendes qu'à la fin de la Société, ou, tout au moins, qu'il sera tenu de rapporter, s'il y a lieu, ceux qu'il aura déjà touchés.

Cette opinion n'a pour elle que le mérite d'une logique rigoureuse ; pratiquement, au milieu des conditions économiques, des exigences matérielles de la vie commerciale, elle est absolument inapplicable, ou, du moins, ne le serait-elle que pour les sociétés passagères formées dans le but d'une spéculation déterminée, telles que sont généralement les sociétés en participation (3).

En effet, on ne peut imposer, aux associés, l'immobilisation aléatoire et indéfinie de leurs capitaux en vue d'une espérance ou même d'une quasi-certitude

(1) Frémery, p. 52 ; Straccha, *De contrat. mercat.*, n. 16, p. 383.
(2) Frémery, p. 52, *Statuti della mercantia di Siene*, ch. CLXIII.
(3) Lyon-Caën et Renault, n. 56.

de bénéfices plus ou moins considérables ; avec quoi vivront-ils si l'on suppose que la majeure partie de leur fortune soit engagée dans les opérations sociales ? Il serait matériellement impossible de grouper des capitaux dans de telles conditions. « Le contrat de Société pourrait être rayé de nos Codes (1). »

Et puis, si l'on se trouvait en présence de bénéfices considérables, que deviendraient ces valeurs accumulées dans les caisses de la Société ; elles seraient plutôt une charge onéreuse qu'une source de profit. On ne voudrait pas les laisser infructueuses, et on s'exposerait à les perdre dans des spéculations hasardées.

En raison de ces graves difficultés, on n'a jamais songé sérieusement à appliquer cette théorie (2), et aussi loin que l'on remonte dans les usages commerciaux, on constate que le partage des bénéfices, les distributions de dividendes, se produisent à échéances régulières durant le cours de la Société.

Savary (3) insère dans ses formules pour actes de Sociétés en commandite, une clause en vertu de laquelle les associés conviennent que chacun aura le droit de prélever une somme annuelle sur les bénéfices sociaux, « si aucuns il y a ». Il est évident que cette clause était d'habitude.

Mais aussitôt surgit une objection.

(1) Vavasseur, n. 630.

(2) Dalloz, *Répertoire de législation* (*Sociétés*, n. 1742).— Vavasseur, n. 630. — Pont, n. 1478. — Lyon-Caen, n. 55-56.

(3) Fremery, p. 53. — Savary, t. I, p. 393, art. 23, p. 406, art. 21.

Fort bien, dit-on, nous admettons que les associés ne peuvent attendre la fin de la Société pour toucher les bénéfices ; il est naturel, il est indispensable, que ces bénéfices soient partagés au fur et à mesure qu'ils se produisent. C'est parfait, tant que les spéculations sont fructueuses, tant que la Société est prospère : les créanciers, en effet, n'ont pas à se plaindre ; le capital social, qui est leur gage, reste intact.

Mais, aux bonnes années, peuvent succéder des années mauvaises ; les opérations sociales peuvent tout-à-coup péricliter ; la Société languira pendant quelque temps, et finira par la faillite.

Si, selon les règles de la logique et du droit strict, on avait attendu à ce moment, pour distribuer les bénéfices, les associés, n'auraient rien à demander ; par conséquent, ce qu'ils ont touché, ils le détiennent injustement ; les distributions de dividendes n'ont pu être que *provisoires* et *conditionnelles*, sous la condition que la liquidation se solderait en bénéfices ; la condition ne s'est pas réalisée, les dividendes doivent être rapportés.

Les créanciers, d'ailleurs, ont contracté avec une personne morale ; la *Société*, ayant un patrimoine, distinct de celui des associés, chargée par eux de faire fructifier ce patrimoine dans une spéculation déterminée ; or, les opérations sociales, forment un tout indivisible et solidaire ; les produits des années heureuses doivent logiquement servir à compenser les pertes des années malheureuses ; *ce qui n'est pas*, si ces produits sont *distribués* par la Société, au fur

et à mesure qu'ils se réalisent, et si cette distribution équivaut à une aliénation définitive.

En somme, le patrimoine social doit avoir sa vie propre et autonome, absolument comme un patrimoine individuel, jusqu'à la fin de la Société, jusqu'à la liquidation, qui, à tout prendre, ressemble singulièrement à une succession; succession avec bénéfice d'inventaire, dans les Sociétés à responsabilité limitée.

Mais les associés, dira-t-on, ne sont tenus que dans la limite de leur apport (1-2) c'est là un argument spécieux ; car, il faudrait prouver, qu'en rapportant les dividendes touchés, en cas de liquidation désastreuse, ils perdraient plus que leur apport. Or,

(1) Nous envisageons ici les sociétés à responsabilité limitée ; il est évident que ces questions se posent surtout à leur sujet.

Dans les sociétés en nom collectif, les associés étant tenus des dettes sociales, sur tous leurs biens, l'intérêt des diverses solutions apparaît très diminué ; mais la question reste théoriquement entière pour elles comme pour les autres ; car, elles sont des personnes morales ; elles ont un capital social, *gage exclusif des créanciers sociaux*, et nous admettons avec M. Lyon-Caen (n. 199) que ce capital doit être publié. Nous n'insisterons pas sur cette question de publicité qui serait en dehors de notre sujet. V., cependant, un arrêt de la Cour de Cassation, 20 juillet 1870 (S., 1871, 1, 65), où les arguments sont résumés.

« Attendu, y lit-on, que les termes généraux de la rubrique du titre IV, de la loi du 24 juillet 1867, des expressions de l'article 58 et de l'abrogation par l'article 65, des dispositions des articles 42 à 46 du Code de commerce, il résulte que les conditions de publicité, réglées par les articles 55, 56 et 57 de la loi, sont applicables aux sociétés en commandite et aux sociétés anonymes. »

(2) Lyon-Caen et Renault, n. 896.

peut-on dire qu'il en serait ainsi? évidemment non. Cela aboutirait tout au plus à la non réalisation d'une espérance, à un *non bénéfice*, mais jamais à un excédent de perte. Les associés savaient en créant la Société qu'ils risquaient leur apport; ils ont limité ce risque comme il leur a plu, à *fortiori* savaient-ils bien que, d'aventure, ils n'auraient pas de bénéfices.

Permettre aux associés de conserver les sommes perçues sous le nom de bénéfices, alors que la liquidation se solde en déficit, est, au contraire, en logique pure, *autoriser en quelque sorte le remboursement partiel ou intégral de leur mise*.

Ces déductions sont incontestablement logiques ; seulement ce système, qui constitue une concession sur le système radical exposé plus haut, comme lui se heurte à des impossibilités absolues.

« Il n'est pas rare, dit Deloison (1), de rencontrer des questions sur lesquelles s'épuise en vain toute l'habileté de la dialectique ; on ne peut arriver à une solution satisfaisante, soit que les opinions contradictoires qu'elles soulèvent s'appuient sur des preuves solides, ou sont combattues par des objections sérieuses ; soit parce que la pratique dont le bon sens est si souvent supérieur aux principes, les repousse avec une opiniâtreté invincible ; c'est dans ces termes que se présente à nous la question des dividendes. »

Au fond, la seconde solution consiste plutôt en

(1) Deloison, n. 224.

une aggravation qu'en une amélioration de la première.

En effet, la restitution de dividendes touchés par les associés serait toujours pour eux un véritable désastre. Le plus souvent, ces dividendes auront été consommés, engagés dans d'autres spéculations ; venir, tout-à-coup, en réclamer la restitution, aboutirait inévitablement à provoquer des secousses économiques aux répercussions imprévisibles.

Il est certain qu'il vaudrait mieux l'espérance non réalisée du premier système, que la restitution du second.

Ajoutez à cela la difficulté spéciale, inhérente aux sociétés par actions, de recouvrer ces dividendes. Par suite de la transmission indéfinie des actions, on serait la plupart du temps obligé de demander ces restitutions à des personnes qui ne feraient plus partie de la société. Comment les retrouver ? D'ailleurs, elles auraient été complètement étrangères aux spéculations ayant occasionné les pertes. Peut-être ces pertes auraient-elles été dues à une décision malheureuse de l'assemblée des actionnaires, à un mauvais choix des gérants, des administrateurs, et ces décisions auraient été prises, ces choix auraient été faits alors qu'elles ne faisaient plus partie de la société, par conséquent sans qu'elles aient été appelées, elles, à se prononcer. Serait-il légitime qu'elles en supportent les conséquences ?

Personne ne voudrait, à ce prix, risquer ses capitaux.

Malgré les meilleures garanties, malgré des espé-

rances certaines, les capitaux se détourneraient fatalement des sociétés.

Telles sont les raisons pratiques qui font admettre la légitimité des distributions de dividendes successives et définitives ; elles sont impérieuses et décisives. On peut les résumer en deux mots : « *l'utilité publique.* »

Utilité publique, rendant indispensable la réalisation de telles vastes entreprises (grands moyens de transports, de communications, etc...), que seuls d'immenses capitaux peuvent aborder, alors que ces capitaux ne s'obtiendront que par le groupement et l'association.

Utilité publique, de développer l'esprit d'association et de groupement, permettant à tous de participer à la production et à la richesse ; permettant à la petite épargne d'être fructueuse, d'avoir une raison d'exister, et augmentant ainsi le bien-être général.

L'Utilité publique est sans doute le seul argument qu'il soit permis d'invoquer en pareille matière contre les principes et le droit strict. Mais cet argument nous paraît suffisamment décisif, et d'autres droits autrement importants reposent sur cette base (1).

On a cependant essayé d'ajouter des raisons juridiques aux précédentes.

On a dit (2) : les dividendes sont des fruits, ils appartiennent aux associés qui comme tels les ont

(1) Gide, p. 517.
(2) Vavasseur, n. 618.

acquis et consommés de bonne foi (art. 547 et suivants, C. civ.).

On pourrait répondre, nous semble-t-il, que si *les produits* des opérations sociales sont des fruits, ces fruits ne deviennent *des bénéfices*, qu'autant qu'ils sont en excédent sur le fonds primitif à la liquidation.

D'ailleurs, comment les associés feraient-ils ces fruits leurs ?

Est-ce à titre de propriétaires ? Incontestablement non, puisque la source de ces fruits, le fonds social, ne leur appartient pas ; il appartient à la société personne morale ; tant que celle-ci existe ils n'ont contre elle qu'un droit de créance indéterminé dans sa valeur. Ce n'est qu'à la dissolution qu'ils deviendront co-propriétaires par indivis du fonds social (1).

Une telle solution ne serait admissible que pour les sociétés civiles, et par ceux qui ne reconnaissent pas la personnalité de ces sociétés.

Ce ne peut être non plus comme possesseurs de bonne foi, car nous croyons difficile de reconnaître que les associés réunissent les conditions imposées par l'article 550 du Code civil au possesseur, pour

(1) Lyon-Caen et Renault, n. 141. — Pont, n. 1455. — Orléans, 20 décembre 1860 (D., 1861, 2, 1). — Rennes, 25 août 1863 (*J. Pal.*, 1864, p. 539). — Cass., *Req.*, 6 avril 1853 (D., 1853, 1, 193). Nous lisons dans ce dernier arrêt : « Considérant qu'il est de l'essence de toute société civile ou commerciale, qu'il y ait une chose mise en commun dans la vue de partager les bénéfices qui en résulteront et dont la propriété passe *des mains de l'associé* à la personne morale de la société... »

qu'il fasse les fruits siens; où serait le juste titre, et comment les associés pourraient-ils prétendre posséder de bonne foi le fonds social, source de ces fruits, puisque c'est eux justement qui ont créé la personne morale propriétaire de ce fonds (1)?

Les associés, enfin, ne sont pas des prêteurs, et les dividendes ne sont pas des intérêts.

Non, la vérité est qu'*en vertu de leur contrat de société* les associés *doivent partager entre eux les bénéfices* résultant de la société (2), parce qu'ils se sont associés pour cela, parce que cette condition est de l'essence même de leur contrat (art. 1832 C. civ.), et nous revenons ainsi au point de départ : il ne peut être question de bénéfices que lorsqu'il en existe, c'est-à-dire à la fin des opérations sociales. Mais il

(1) Il est tout au moins, nous semble-t-il, une éventualité où l'application de cette théorie conduirait à une solution opposée à celle qu'on prétend lui faire justifier. C'est celle, où un associé aurait laissé sans *les toucher*, les dividendes dans les caisses sociales, et où une liquidation, soldée en déficit, serait intervenue avant qu'il les eût retirés. Tout le monde admet que l'associé reste créancier de la société, pour les valeurs représentant les dividendes qu'il a négligés de percevoir (Vavasseur, n. 636. — Pont, 1482, etc.). — Mais, si l'on fait reposer l'acquisition des dividendes sur la théorie de l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi (Vavasseur, n. 630), l'associé n'a plus ici aucun droit sur les dividendes non perçus par lui, car le possesseur de bonne foi ne fait les fruits siens quels qu'ils soient, *même civils*, que par la perception (articles 138-549, Cod. civ., Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. I, p. 713) et il n'*acquiert pas ceux qu'il a négligé de percevoir*, ce qui serait précisément le cas de l'associé dans notre hypothèse.

(2) Pont, n. 1476.

est faux de dire que les produits périodiques du fonds social soient des fruits pour eux et qu'ils leur appartiennent par la perception, car seuls le propriétaire du fonds productif et le possesseur de bonne foi en font les fruits leurs; or, un associé quelconque n'est ni l'un ni l'autre pendant la durée de la société (1).

Nous pensons que si l'on veut une raison juridique de nature à légitimer les distributions périodiques et définitives de dividendes, c'est dans le principe de la *liberté des conventions* qu'il faut la chercher et dans l'article 1134 du Code civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. » La règle selon laquelle il n'y a de perte ou de bénéfice qu'après la dissolution de la société, n'est pas d'ordre public; il peut y être dérogé (2); qu'une clause, stipulant des distributions successives et définitives de dividendes au fur et à mesure que les bénéfices se produisent, soit insérée dans les statuts sociaux; que les tiers connaissent cette clause, cela suffit. Les tiers auront contracté avec la société, en connaissance de cause; les conditions statutaires auront été librement acceptées par eux; les distributions de dividendes trouveront leur appui juridique dans la *libre convention des parties* (3).

(1) V. *Supra*, p. 17, note 1.

(2) Lyon-Caen et Renault, n. 56, art. 18 Cod. com.

(3) En fait, d'ailleurs, l'usage constant, que personne n'ignore, rend cette clause sous-entendue dans tout contrat de société. Cet usage n'est contredit par aucune des lois existantes, il est, au contraire, confirmé par elles, V, *Infra.*, p. 21. « Il y a là, dit M. Thal-

Il est donc admis universellement aujourd'hui, que les distributions de dividendes sont légitimes (1). Il en a été probablement ainsi de tout temps; en effet, la clause, insérée par Savary dans ses modèles de statuts, que nous avons rapportée plus haut, semble prouver qu'en droit ancien la question était ainsi résolue, car si les associés avaient été obligés, en cas de faillite, de rapporter les bénéfices réalisés, on en trouverait des traces dans les décisions des juridictions consulaires; or, il n'en existe pas (2).

La jurisprudence moderne est unanime en ce sens (3).

Il n'existe, à notre connaissance, que deux arrêts en sens contraire; un arrêt de la Cour de Rouen du 14 novembre 1807, cassé le 14 février 1810, et un arrêt de la Cour de Paris du 11 février 1811, dans la même affaire, statuant sur renvoi (4).

ler (*Cours de droit commercial*, 2e édit., n. 281), un usage honnête *que les créanciers connaissent et auquel ils ont adhéré* (V. Houpin, n. 118) ».

(1) Frémery, p. 53. — Delangle, n. 345 et s. — Molinier, n. 555. — Alauzet, n. 155. — Pont, n. 1481. — Vavasseur, n. 630. — Dalloz, n. 1385.

(2) Frémery, ch. VIII, pp. 51 et s.

(3) Cass., 14 février 1810.

(4) En raison de l'importance de cet arrêt unique, nous croyons bon d'en rapporter les principaux considérants à titre de document : « Considérant... qu'on n'estime profit réel de société, que ce qui reste de gain, toutes pertes déduites, sur tous les profits des diverses affaires ou opérations de la société. — Que, dans une société contractée, comme dans l'espèce, pour une série d'opérations, les opérations, les unes heureuses, les autres désavantageuses, se com-

D'ailleurs, notre législation confirme ces décisions. Lors de la discussion de l'article 26 du Code de commerce au Conseil d'Etat, on demanda que le com-

pensent mutuellement ; et ce n'est qu'en balançant tous les résultats particuliers, de chaque année, que l'on trouve le résultat unique et véritable de toute la durée de l'association ; résultat final qui, seul, apprend s'il y a effectivement bénéfice ou perte ; et, d'après lequel, le commanditaire, conserve ou rapporte, ce qu'il a retiré par anticipation de la caisse sociale ; — que les bénéfices annoncés par des inventaires partiels, ne sont que des bénéfices présumés, reposant sur la supposition de la solidité et fixité des valeurs qu'un accident peut d'un instant à l'autre altérer ou détruire ; — que ce serait aller contre la nature des choses, que d'admettre que des sommes touchées par anticipation sont, des bénéfices, quand l'ensemble des résultats démontre qu'il n'y a pas eu de bénéfices ; — qu'enfin, si le commanditaire attendait conformément à la règle stricte, la dissolution de la société pour avoir des répartitions, il n'en obtiendrait ni ne pourrait en obtenir, la société étant en faillite, qu'il répugne à la raison et à l'équité, que sa position devînt meilleure, et celle des créanciers plus désastreuse, parce que ne consultant que son avantage personnel, il aurait anticipé des répartitions, basées sur des bénéfices incertains. Considérant..... qu'il suit que les prélèvements faits à quelque titre que ce soit, par les associés, pendant le cours et avant la dissolution de la société, sont purement provisionnels et nécessairement sujets à rapport, en cas de perte constatée par la liquidation et singulièrement en cas de faillite notoire. Considérant que c'est dans ce sens que sont licites, les conventions entre associés pour se répartir bénéfices et intérêts ; qu'attacher le caractère d'irrévocabilité à ces sortes de répartitions, quel que fût en définitive l'état de la société, se serait autoriser les associés à épuiser par des prélèvements successifs et sous divers prétextes, non seulement leur propre mise, mais même les autres fonds sociaux, de manière qu'il ne resterait rien, pour l'acquittement des dettes de la société.

manditaire *fût tenu des pertes dans la proportion des bénéfices qu'il aurait précédemment faits* (1).

Il fut répondu que les bénéfices passés, sont réputés consommés (2), — que pareille mesure serait changer la condition du commanditaire « laquelle consiste essentiellement à ne pouvoir perdre plus que le fonds qu'il a mis en société » (3), qu'on éloignerait immanquablement les capitalistes qui ne voudraient, en aucune façon, se trouver exposés à rapporter dix ou vingt ans après, par exemple, les dividendes depuis longtemps absorbés par les besoins et dépenses journaliers, que le système qui ne faisait responsables que jusqu'à concurrence de la mise, les commanditaires, existait déjà et n'empêchait pas les sociétés d'avoir du crédit (4).

Devant ces arguments et la nécessité des faits, la proposition fut retirée.

Depuis, les diverses lois ou projets de lois sur les sociétés, ont implicitement confirmé cet état de choses ; c'est l'article 4 du projet de loi du 16 février 1838 ; c'est la loi du 17 juillet 1856, article 10 ; c'est la loi du 23 mai 1863, articles 27 et 31 ; c'est enfin la loi du 24 juillet 1867, article 10 et article 34 (5).

(1) Locré, t. XVII, pp. 259 et 260. Béranger (procès-verbal de la séance du 14 février 1807, n. LXXXI, LXXXIII).

(2) Regnaud de Saint-Jean-d'Angély, *Id.*, n. LXXXIV.

(3) Le prince archi-chancelier, LXXXIV.

(4) M. Crétet (procès-verbal de la séance du 14 février 1807, n. LXXXVII).

(5) V. *Annexe*, pp. 1 et s.

Nous ne pouvons clore cette discussion sans signagnaler une opinion moyenne, un essai de conciliation entre les théories extrêmes ; d'après M. Duvergier (1), l'associé serait soumis au rapport des dividendes touchés, en cas de perte postérieure, mais il ne le serait que vis-à-vis des créanciers antérieurs à la distribution ; ceux-là seuls, en effet, peuvent se plaindre de la disparition de garanties sur lesquelles ils ont pu compter; les créanciers postérieurs à la distribution n'ont pas dû, au contraire, considérer comme leur gage, des valeurs qui ne se trouvaient plus en la possession de la société quand ils ont traité avec elle.

Il est inutile de reproduire les arguments exposés plus haut ; puisque nous admettons comme principe absolu que les associés n'ont aucun droit sur les fruits, produit des opérations sociales, qui font partie du patrimoine de la société, tant que dure la personnalité de cette société, il est évident qu'aucun droit de préférence ne doit exister entre les créanciers; mais en raison de l'utilité publique, et parce que, en contractant en connaissance de cause avec la société, ils ont accepté cette condition, vis-à-vis des uns et des autres, les distributions doivent être définitives.

Nous ne pouvons mieux résumer notre discussion que par la reproduction du paragraphe suivant de Frémery, si net et si catégorique :

« Le commanditaire (2) n'est associé que dans la

(1) Duvergier, n. 398.

(2) Frémery, p. 54.

limite de sa mise, cette quantité représente donc sa personne. C'est cette part qui doit les dettes, ce n'est pas lui. Hors cette mise, il n'est plus associé, donc tout ce qui dans la société n'est pas sa mise et cependant lui appartient, est une dette de la société envers lui. Conséquemment, quand les bénéfices réalisés excèdent sa mise il est créancier de cet excédent, non-seulement il peut le retirer, mais s'il le laisse dans la société, c'est un prêt qu'il lui fait et pour lequel il peut stipuler des intérêts. »

Des Bénéfices réalisés postérieurement à des pertes.

Nous avons supposé, jusqu'ici, la société en perte, après des bénéfices. Imaginons l'hypothèse contraire, la société en bénéfices, postérieurement à des pertes.

La société a pendant quelque temps lutté contre la mauvaise fortune, chaque année un déficit s'est accusé ; puis, peu à peu, les affaires ont repris leur essor, la voilà de nouveau en bénéfices.

Les associés ont-ils le droit de toucher des dividendes, ou faut-il qu'ils attendent que le capital social soit reconstitué ?

La première solution a trouvé des défenseurs ; un des plus convaincus est M. Vavasseur (1).

(1) Vavasseur, n. 676 et s.

Il se demande si la société qui reconstitue son capital avant de distribuer des dividendes, « n'obéit pas à des scrupules exagérés », si elle ne cède pas à un « faux point d'honneur, à un sentiment plus instinctif que raisonné ».

Du moment, dit-il, que ce qui lui reste suffit pour ses opérations, suffit pour gagner de l'argent, pourquoi priver les actionnaires de bénéfices pendant tout le temps, peut-être long, qui sera nécessaire pour réparer la perte ? — pourquoi pas un amortissement successif ? « Croit-on que l'intérêt privé de la société ou l'intérêt général, sera lésé par ce tempérament équitable ? L'intérêt de la société ! mais, n'est-ce pas au contraire, la suppression de toute répartition, qui serait de nature à répandre dans l'esprit du public et des actionnaires, des inquiétudes mal fondées ; à exciter des rumeurs malveillantes, à jeter le discrédit sur la société et une défaveur sur ses actions ! Quant à l'intérêt général, il tend à réunir et à grouper les capitaux disséminés, s'il doit se garder de porter ombrage à l'esprit d'association, en imposant aux possesseurs d'actions, des obligations onéreuses et pour un certain nombre, peut-être, douloureuses à subir (1) ».

Nous pensons, avec un grand nombre d'auteurs (2), que l'on ne doit pas admettre une telle pratique.

(1) Vavasseur, n. 648; Lyon-Caen et Renault. *Précis de droit commercial*, I, n. 455, p. 211.

(2) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 3e édit., II, 897.

Comment peut-on songer à distribuer des dividendes alors qu'il n'existe pas en réalité de bénéfices ? Les associés reprendraient ainsi une partie de leur apport ; les tiers, qui traiteraient avec la société, n'auraient plus les garanties qui leur auraient été offertes. Supposons qu'après une ou deux années de bénéfice, la société fasse tout-à-coup faillite, il est évident que les créanciers se trouveraient frustrés ; ils étaient en droit de compter sur le capital social, ce capital n'existerait plus, et ce seraient justement les associés qui l'auraient en partie absorbé.

Il est bien évident, en effet, que l'on ne peut au regard des associés appeler bénéfice que ce qui est l'excédent du capital versé par eux. Accepter de la société une somme quelconque, tant que ce capital n'est pas intact, équivaut absolument pour eux, nous semble-t-il, au remboursement d'une partie de leur apport ; ce qui est contraire à leurs engagements.

D'ailleurs, ici les arguments développés plus haut : distinction du patrimoine social de celui des associés, autonomie absolue de ce patrimoine jusqu'à la liquidation, prennent une force singulière, ils ne sont plus en contradiction inéluctable avec les nécessités pratiques ; la raison d'utilité publique, quoi qu'en dise M. Vavasseur, ne peut plus être invoquée, car les associés, quand ils ont contracté, savaient bien qu'ils ne pourraient espérer de dividendes qu'en présence de bénéfices, et qu'ils engageaient dans l'aléa des affaires leur mise sociale.

L'on craint qu'en l'absence de distribution de di-

videndes le crédit de la société vienne à baisser (1). Mais alors, il faudrait aller plus loin et dire que, même en cas de perte, il serait légitime de masquer la situation par des distributions, car c'est justement à ce moment que la société aurait besoin de crédit ; seulement cela conduirait à un abus de confiance. En principe, quoique d'une manière moins grave, il en est de même avec la théorie de M. Vavasseur puisque, s'ils se doutaient de la situation, les tiers seraient plus circonspects ; c'est une raison de plus pour ne pas retirer de la société, à leur préjudice, des valeurs sur lesquelles ils ont un droit absolu.

M. Vavasseur ne méconnaît pas la force et la valeur de ces arguments ; il est bien obligé d'y répondre. Voici à quelles justifications il en arrive : « Elle marcherait vite à la ruine, dira-t-on, la société qui jamais ne songerait à combler les vides faits dans son capital et ne voudrait pas compenser les bonnes avec les mauvaises années ; ce serait, je le concède, de l'imprévoyance poussée jusqu'à la dilapidation, et une liquidation désastreuse serait la punition d'un tel désordre [singulière façon d'envisager « l'intérêt de la société » et « l'intérêt général »]. Mais, où est la loi qui défend aux associés, maîtres après tout de leur capital, de le perdre et de le dilapider (2)? Les associés (ou plutôt la société) peuvent, c'est entendu, dilapider leur capital, tant pis pour les tiers qui au-

(1) Vavasseur, n. 648.
(2) Vavasseur, n. 653.

ront été assez imprudents pour avoir confiance en eux ; mais ce qu'ils ne peuvent pas, ce qui leur est défendu, « c'est de le reprendre ». Or, nous demandons qu'on nous démontre que toutes les fois que les associés acceptent une valeur quelconque de la société, si le capital social n'est pas intact, cela n'équivaut pas à une restitution partielle de leur mise.

Tout ce qui précède suppose évidemment le mutisme des statuts sur ce point ; il est certain qu'il faut appliquer, ici encore, le principe de la liberté des conventions ; si les statuts contiennent une clause rendue publique, stipulant que même dans le cas où le capital aura été en partie absorbé par les pertes, et avant la reconstitution intégrale de ce capital, il y aura lieu à distribution de dividendes toutes les fois que l'inventaire se soldera en bénéfice, le compte capital mis à part, il est incontestable que les tiers n'auront pas à se plaindre ; ils auront contracté en connaissance de cause. Mais où est la société qui se résoudra à publier une telle clause ? Ce serait tuer par anticipation le crédit, et ce fait, que l'on ne conçoit pas une société consentant à se présenter au public dans de telles conditions, n'est-il pas la condamnation définitive de la mesure préconisée par M. Vavasseur ?

En l'absence de clause de cette nature, il est un autre moyen légitime d'arriver au même résultat ; c'est lorsque les statuts permettent la réduction du capital social, d'opérer suivant les clauses statutaires la réduction de ce capital et d'annoncer aux tiers

cette réduction par voie de publicité légale (1). En dehors de ces deux cas, nous ne voyons pas de justification possible de la thèse de M. Vavasseur.

Du Fonds de Réserve.

Quelquefois les bénéfices ne sont pas distribués en totalité aux associés. Une quote-part de ces bénéfices est prélevée par la société et sert à former ce que l'on appelle le fonds de réserve.

Il y a un fonds de réserve statutaire, c'est-à-dire, prévu par les statuts de la Société *ad libitum* sans que la loi l'impose, ce qui a lieu dans les Sociétés de personnes, et un fonds de réserve légal, dont la loi impose la formation, dans les Sociétés anonymes.

Le fonds de réserve est un capital mis à la disposition de la Société dans le but de pourvoir aux besoins urgents et inattendus, de couvrir les pertes extraordinaires, de régulariser le taux des dividendes en ajoutant aux bénéfices à distribuer pendant les années mauvaises, la somme nécessaire pour que les revenus annuels des parts sociales ne subissent pas des écarts trop considérables (2). C'est en un mot, une institution de prévoyance.

(1) Lyon-Caen et Renault, n. 897.
(2) Lyon-Caen et Renault, n. 898.

La loi n'impose la formation d'un fonds de réserve que dans les Sociétés anonymes (art. 36 de la loi de 1867), il est regrettable que cette mesure ne soit pas étendue aux autres sociétés, notamment aux commandites par actions. En fait, cependant, presque toujours les statuts contiennent une clause en ce sens.

Dans les sociétés autres que les sociétés anonymes quand il existe un fonds de réserve, cette réserve est essentiellement disponible. Même en présence d'un exercice en perte, les associés pourront très régulièrement décider le prélèvement d'une somme sur la réserve et se la distribuer entre eux, sans être exposés à aucun rapport dans la suite (1).

Mais il en est autrement pour les sociétés anonymes (art. 36). Ici la réserve étant légale, elle est indisponible, du moins tant qu'elle ne dépasse pas le chiffre de un dixième du capital fixé par la loi. Toute distribution de dividendes au moyen de la mise en contribution de cet élément de l'actif réel est une distribution de dividendes fictifs (2).

De plus, la loi exige chaque année un prélèvement du vingtième des bénéfices nets au minimum, pour la formation du fonds de réserve. Toute distribution de dividendes faite sans déduction du vingtième des bénéfices est une distribution de dividendes fictifs, tout au moins dans cette proportion.

(1) Thaller, n. 384.

(2) Thaller, n. 660. — Houpin, n. 931.

Bien entendu, quand le fonds de réserve a atteint le dixième du capital social, si les statuts prévoient son augmentation au-delà de ce chiffre, le surplus devient réserve statutaire et comme tel est essentiellement disponible.

CHAPITRE II

De l'Inventaire.

Il est donc démontré que les bénéfices sociaux sont et doivent être légitimement distribués, par périodes successives, pendant la durée de la Société. On appelle ces périodes des *exercices*.

A la fin de chacune d'elles, intervient une sorte de liquidation partielle ; et l'acte qui les clôture, qui constate l'état des affaires sociales, se nomme *l'inventaire*.

La loi ne limite pas le nombre de ces constatations périodiques ; elle se borne à prescrire au moins un inventaire annuel pour tout commerçant (art. 9 du Code de Commerce) et les articles 10, 32, 34 de la loi de 1867 confirment cette disposition (1).

(1) L'art. 34, al. 1 de la loi de 1867 prescrit en outre chaque semestre pour les sociétés anonymes la confection d'un état sommaire du passif et de l'actif, devant être mis à la disposition des commissaires de surveillance.

L'inventaire est une opération qui consiste à mettre en présence l'actif et le passif et à établir la balance. Il ne suffit pas cependant, pour remplir les dispositions légales, d'un simple état où l'actif et le passif figurent en bloc ; il faut un état détaillé de l'un et de l'autre (1).

Quelles sont les règles, suivant lesquelles, telles choses doivent figurer dans le passif et telles autres dans l'actif. Comment doit-on faire la répartition ?

L'élément essentiel de l'inventaire est le bilan : c'est un tableau synoptique où, dit M. Vavasseur, « vient se condenser sous forme de mention sommaire et dans un chiffre unique chacun des éléments de l'actif et du passif pour déterminer le solde débiteur ou créditeur, c'est-à-dire le bénéfice réalisé ou la perte subie pendant l'exercice écoulé ».

Un bilan se compose donc de deux parties distinctes, l'*actif* et le *passif*.

L'actif d'une société, c'est ce qu'elle possède comme valeurs réalisables, matériel, marchandises, effets en portefeuille, créances, etc.....

Le passif, ce sont les engagements sociaux ; dettes, charges ; le fonds de réserve, etc.....

Ce qui constitue le Bénéfice, c'est l'excédent de l'actif sur le passif (2). C'est ce qui resterait en la

(1) Jugé qu'un commanditaire aurait le droit de demander que les inventaires soient établis suivant la loi. (Orléans, 19 juin 1886, D. 87, 2, 83.)

(2) Neymarck. *Revue des Sociétés*, 1902, p. 449.

possession de la Société, toutes dettes payées, toutes charges exécutées.

S'il s'agissait d'une liquidation définitive, la confection du *Bilan* serait facile. Mais ici la Société est en pleine période d'activité, au milieu de spéculations en cours, dont on ne connaît pas encore, du moins d'une façon certaine, le résultat; la difficulté devient comme on le voit plus délicate.

Pour ce qui est des valeurs matériellement existantes en la possession de la Société, mines, immeubles, machines, matériel d'exploitation, numéraire, etc., etc., la seule question qui se pose est une question d'évaluation. Il est certain qu'il faudra tenir compte de l'usure, de la dépréciation, de la difficulté de réalisation immédiate des immeubles, des mercuriales, des cours de Bourse, etc...; en un mot, on devra s'efforcer d'atteindre la plus grande exactitude (1).

Des fraudes très graves peuvent évidemment naître de cette évaluation ; une exagération de valeurs peut avoir pour but de simuler une prospérité factice par la production d'un excédent d'actif sur le passif, autorisant, par exemple, la distribution de dividendes,

(1) Les conséquences sont très importantes surtout dans le cas où on se trouve en présence d'une participation aux bénéfices; les employés et ouvriers intéressés pourraient discuter l'inventaire, et surtout les diminutions de valeur destinées à simuler la nécessité d'amortissements considérables et à diminuer d'autant leur part légitime. (Vavasseur, n. 611. — Houpin, n. 730. — Neymarck, *Revue des Sociétés*, 1902, p. 450.)

alors qu'une juste appréciation aurait permis de constater des pertes sensibles. Ce sont là des questions de fait au sujet desquelles on ne peut établir une règle fixe ; il faudrait, pour cela, prévoir toutes les éventualités qui sont de nature à se produire, ce qui est impossible (1).

Mais il est une question plus délicate, la seule que nous ayons sérieusement à examiner ici, au sujet de laquelle les discussions les plus nombreuses, qui sont loin d'être closes, se sont élevées.

L'inventaire, disons-nous, est fait en pleine période d'activité de la Société ; par conséquent, on se trouve en présence d'opérations commencées, de créances non liquidées ou non encore encaissées, etc. ; évidemment, toutes ces choses doivent être portées à l'inventaire, mais font-elles partie de l'actif, et dans quelle mesure (2) ?

(1) Nous ne nous occupons pas bien entendu des règles suivant lesquelles on établit matériellement un inventaire, des différents comptes qui y figurent, avec leur crédit ou leur débit, de l'opportunité de faire figurer telle ou telle valeur à tel ou tel compte ; ce sont là des questions de comptabilité.

Voici, à titre d'exemple, quelques décisions d'espèces provenant de discussions sur l'évaluation de diverses valeurs portées à l'actif.

Jugés fictifs, les dividendes distribués dans les cas suivants :

1° Si la valeur des actions industrielles existant dans le portefeuille a été exagérée. (Paris, 22 décembre 1858, D. 59, 1, 137.)

2° Si les frais généraux et courants d'administration ont été compris au compte des frais premier établissement. (Arrêt précité.)

3° S'il a été porté à l'actif des créances reconnues irrécouvrables. (Lyon, 9 juin 1864. D. 65, 2, 197.)

(2) Pont, 1480. — Neymarck, *Revue des Sociétés*, 1902, p. 450.

On voit immédiatement l'objection. Parmi ces créances, quelques-unes peuvent tout à coup devenir irrécouvrables ; on peut se trouver en présence de faillites imprévues ; parmi ces opérations, quelques-unes, qui s'annonçaient comme très fructueuses, peuvent ne plus réussir.

Aussi a-t-on cherché une formule définissant ce que l'on peut considérer comme bénéfice réel devant être compté à l'actif.

On est d'accord pour admettre que le bénéfice doit être *certain* et *réalisé*.

Les différentes lois elles-mêmes ont employé diverses formules, la loi de 1856, article 13, parle de dividendes *non acquis à la Société* ; la loi de 1863, article 31, de dividendes *non réellement acquis*.

Suivant quelques auteurs, le bénéfice doit être *encaissé* pour être certain ; on peut appeler cette théorie la théorie de l'encaissement.

« Si l'actif n'est point encaissé, dit M. Dalloz (1), s'il y a des recouvrements à faire, il ne peut y avoir lieu encore à une distribution de dividendes..... l'espérance d'un bénéfice n'est pas un bénéfice. »

M. l'avocat général Dupin, lors de la célèbre affaire Mirès, disait : « On ne partage pas des espérances, même bien fondées ; on ne partage pas une clause, mais des écus. Un dividende, avant de sortir de la caisse de la Société, doit y être entré. »

D'autre part, l'exposé des motifs de la loi de 1863 semblait se rattacher à cette opinion. « ..... Il ne

(1) Dalloz, *Sociétés*, n. 1145. — Neymarck, *Journal des Sociétés*.

suffit pas que des opérations engagées fassent concevoir des espérances qui paraissent presque des certitudes, ni même que des conventions faites, des marchés conclus constituent des droits véritables, des créances positives ; que les résultats probables des entreprises, les effets des conventions, des traités, ne sont pas encore des bénéfices qu'on puisse distribuer ; que si l'on en fait la répartition avant *que la caisse sociale ait reçu les fonds* qui en sont la représentation, c'est sur le capital social qu'est pris ce qui est donné aux actionnaires sous le nom de dividende. »

Nous pensons que cette doctrine est exagérée, que la théorie de l'encaissement est excessive. Au fond, il est vrai que l'on ne doit pas se contenter d'espérances, car, souvent, on s'exposerait à des déceptions. Seulement, par espérances, il faut entendre des opérations en cours que toutes les probabilités annoncent comme devant être fructueuses, mais dont le succès n'est encore qu'une probabilité. Au contraire, une opération complètement terminée, dont le résultat est définitivement constaté, est plus qu'une espérance, c'est une certitude. Qu'importe, dès lors, que l'encaissement ne soit pas encore réalisé, puisqu'il doit nécessairement se produire. Evidemment, un cas tout à fait fortuit, une faillite inopinée, par exemple, pourra bien en réduire l'importance ou même le rendre nul ; mais, tout aussi bien, un incendie pourrait détruire le matériel d'exploitation, les marchandises, etc... S'ensuit-il pour cela que l'on ne doive pas en tenir compte ? La formule vraie nous paraît devoir être la suivante : Une opération doit être *défi-*

nitivement accomplie pour que l'on puisse tenir compte de son résultat à l'inventaire.

Telle était l'opinion de la Commission du Corps législatif chargée d'examiner le projet de loi de 1863 :

« On a voulu exprimer ainsi les bénéfices qui ne peuvent plus échapper à la Société, qui ne sont plus à l'état de simple éventualité, dont aucun coup du sort, *excepté une insolvabilité imprévue ou une destruction fortuite,* ne peut plus priver la Société. Sans doute, il ne sera pas toujours nécessaire que le bénéfice ait été encaissé ; il pourra résulter d'une valeur, d'une traite même, d'une simple créance, pourvu qu'elle soit réputée bonne, non susceptible de discussion, et de nature, suivant les usages du commerce, à figurer à l'actif (1). »

M. du Miral, lors de la discussion, confirma à la tribune cette interprétation :

« Sans doute, il arrivera quelquefois qu'une certaine difficulté pourra se présenter pour la rédaction de l'inventaire ; mais lorsque la difficulté sera sérieuse, et lorsque l'inexactitude de l'inventaire ne résultera que d'une dépréciation postérieure, qu'on ne pouvait pas prévoir, dans ce cas là il va de soi que cette inexactitude de l'inventaire, ne datant pas du moment même où il aura été fait, ne constituera ni faute ni responsabilité. »

Enfin, voici un passage du rapport présenté par le savant conseiller M. Faustin Hélie dans l'affaire

(1) Rapport de M. du Miral. Rapport au nom de la commission, *Moniteur* de 1863, Annexe OP. LVII.

Mirès qu'on nous saura gré de reproduire, car notre discussion s'y trouve admirablement exposée et résolue (1).

« On affirme que des bénéfices non réalisés peuvent être parfaitement acquis ; qu'il suffit que le droit à ces bénéfices soit assuré, qu'il importe peu que les travaux d'où ils doivent provenir, soient terminés, ou seulement en cours d'exécution ; que dès que les comptes constatent un droit au paiement de certaines créances, ces créances entrent dans l'actif de la Société, sauf à être reportées plus tard au passif, si elles n'étaient pas recouvrées. On peut objecter, toutefois, que ce mode de comptabilité semble se concilier difficilement avec les termes de la loi, qui prohibent expressément toute distribution de bénéfices *non réellement acquis*. On n'a peut-être pas fait assez d'attention à ces mots. Ce n'est pas le droit au bénéfice, que la loi exige, car l'exercice de ce droit peut éprouver des entraves, c'est le bénéfice réalisé ; il faut qu'il soit réellement acquis. Que signifie le mot réellement s'il n'indique pas la *consommation de l'opération*, l'appréhension du bénéfice, *rem*, la chose même ? Quel a été le but du législateur, n'est-ce pas de proscrire les dividendes hasardés qui viennent opérer une hausse factice des actions et tromper les acheteurs. Il a redoublé de prévoyance, il a voulu non pas seulement que le gérant ne pût distribuer des bénéfices plus ou moins étayés sur l'avenir en vertu de stipulations, mais qu'il ne pût répartir que

(1) D., 1862, 1, 314.

des bénéfices non pas fondés sur des contrats mais complètement réalisés. Ce ne sont pas les droits aux bénéfices qui doivent être acquis, ce sont les bénéfices mêmes et par conséquent la loi suppose une *opération accomplie*. »

Comme on le voit, la théorie de l'encaissement est abandonnée par le savant rapporteur, mais il exige très nettement la réalisation absolue du bénéfice, c'est-à-dire la clôture définitive de l'opération qui en est la source.

La jurisprudence semble établie dans le sens de cette interprétation. La Cour de Cassation, dans un arrêt du 28 juin 1862 (1) cassant celui rendu par la Cour de Douai le 21 avril précédent (Affaire Mirès), s'exprime ainsi :

« Attendu... que l'article 13 de la loi du 17 juillet 1856 exige formellement que les dividendes répartis soient réellement acquis ; qu'il ne suffit pas que le bénéfice se fonde sur une convention qui l'assure ; qu'il faut qu'il soit complètement réalisé ; qu'il n'est acquis à la société, dans le sens de la loi, qui a voulu écarter les dividendes frauduleux et même ceux qui ne seraient que hasardés, qu'autant qu'il est le résultat d'une *opération accomplie*..... »

La Cour de Caen a rendu, le 16 août 1864 (2), un arrêt qui décide également que les opérations entreprises par la société, et « pouvant faire espérer, dans

(1) Dalloz, 62, 1, 307.
(2) Dalloz, 65, 2, 192.

un avenir plus ou moins éloigné, des résultats avantageux, ne pouvaient être prises en considération pour autoriser les distributions de dividendes aux actionnaires, ces distributions ne devant être opérées que lorsque les bénéfices sont réellement acquis, c'est-à-dire actuels. »

De même, la Cour de Paris dans la célèbre affaire de la Compagnie Immobilière (1), admet au fond, quoique en termes moins absolus, la même théorie :

« Les règles ordinaires (d'accord avec les statuts de la Compagnie) ne réputent bénéfices susceptibles d'être mis en distribution que ceux qui sont certains, provenant d'*opérations accomplies, encaisssées*, ou *d'un encaissement prochain*, et pouvant être jugés équivaloir à espèces. »

La Cour de Cassation (2) motive ainsi le rejet du pourvoi formé contre cet arrêt :

« Attendu que l'arrêt attaqué constate en fait que

(1) 22 avril 1870 (Dalloz, 70, 2, 121).

(2) 7 mai 1872 (Dalloz, 72, 1, 233).

Nous croyons intéressant de reproduire les principaux considérants de la Cour de Paris dans l'arrêt précité lors de la célèbre affaire de la Compagnie Immobilière. Ils serviront comme exemple des irrégularités que l'on peut frauduleusement commettre dans la confection des inventaires :

« Considérant que le premier compte complet d'exercice, rendu par Péreire et consorts, a été celui présenté à l'Assemblée générale du 19 mai 1864 pour l'exercice 1863 ; que, conformément à leurs propositions, il a été attribué à la réserve 57,875 fr. 82 c., il a été distribué 1,916,000 fr. à titre de dividende, et il a été reporté un

les demandeurs en cassation ont fait figurer à l'actif du compte profits et pertes des articles qui ne devaient pas y figurer ; — Attendu qu'on soutient vai-

solde de bénéfices de 520,882 fr. 45 c. sur l'exercice suivant ; — Qu'il est justifié pourtant que l'exercice de 1863, au lieu de donner des bénéfices, devait avoir une balance en perte ; — Qu'en effet, dans le compte des profits et pertes, il y avait deux articles qui devraient être exclus du crédit, à savoir : 1° 1,274,832 fr. 85 c., solde transporté d'un compte prévisions ; 2° 2,400,000 fr , montant prétendu de bénéfices dans l'affaire du traite de viabilité avec la ville de Marseille ; — Considérant, sur le premier article que, lors de la fusion avec la société des ports de Marseille, les immeubles de la Compagnie immobilière de Paris avaient, après une expertise déterminant leur plus-value, été majorés de 28 millions ; — Qu'en regard d'une partie de cette majoration un crédit avait été ouvert à un compte dit de prévisions ; que ce compte avait un solde disponible de 1,274,832 fr. 85 c , que c'est ce solde qui a été transporté, comme produit, au crédit du compte de pertes et profits ; — Considérant qu'évidemment ce n'était pas là un produit ; que cette somme de 1,274,832 fr. 85 c. ne présentait qu'une majoration ou plus-value reconnue aux immeubles ; qu'une plus-value ne pouvait pas plus être mise en distribution comme dividende qu'affectée à la réserve statutaire, et que, de ce premier chef, le compte présente une grave inexactitude ; — Considérant que le second article, relatif à un bénéfice de 2,400,000 fr., sur l'affaire avec la ville de Marseille, aurait dû disparaître de même de l'actif du compte ; — Considérant, à ce sujet, qu'Émile Pereire avait cédé à la société un traité qu'il avait passé avec la ville de Marseille, sous la date du 14 août 1862, et un marché de travaux qu'il avait fait avec Chatelain, à la date du 20 septembre suivant ; — Que, par le traité, la ville de Marseille avait vendu à Pereire, au prix de 300 fr. le mètre carré, une surface de terrain qui était à déterminer par une mensuration ultérieure et qui était garantie au minimum de 60,000 mètres faisant un prix de 18 millions ; — Que l'une des conditions de la

nement qu'il a violé la loi parce que les dividendes distribués, notamment en 1864 et 1865, étaient prélevés sur des bénéfices certains ; qu'en effet, il résulte

vente était selon l'article 4, l'engagement pris par Pereire d'effectuer divers travaux de viabilité urbaine, moyennant une somme à forfait de 6 millions qui devrait être imputée sur le prix des terrains vendus et diminuer d'autant la somme à payer ; — Que cet ensemble de stipulations composait une convention unique ; que, vis-à-vis de la ville de Marseille, le prix de vente, encore indéterminé dans sa totalité, puisqu'il dépendait d'une mensuration à faire, devait se calculer sous la déduction d'une somme de 6 millions ; que si l'acquéreur réussissait à faire exécuter à un prix au-dessous de 6 millions les travaux de viabilité mis à sa charge, c'était pour lui un avantage résultant du contrat, et dont l'effet était de diminuer en sa faveur le prix de revient des terrains achetés ; — Que Pereire avait obtenu cet avantage par un sous-traité fait le 30 septembre 1862, avec l'entrepreneur Chatelain, qui s'était chargé de l'exécution des travaux moyennant une somme qu'on dit être de 3,600,000 fr.; de sorte qu'une économie de 2,400,000 fr. réduisait d'autant le prix de revient des terrains de la ville de Marseille ; — Considérant que la Compagnie immobilière a été mise aux lieu et place d'Emile Pereire dans le traité et le marché des travaux sus-énoncés ; que ces deux actes lui ont été apportés à la fois pour une valeur dont Emile Pereire a pu retirer l'équivalent en actions ; que la Compagnie n'a fait que succéder à cette positition d'Emile Pereire où les terrains acquis de la ville de Marseille revenaient à un prix amoindri en tout de 2,400,000 fr., ainsi qu'elle l'a considéré elle-même dans le système de ses écritures ; — Que c'était là un fait tenant aux constitutions statutaires, dans lequel on ne pouvait, en aucun cas, voir un produit des opérations de la société, et qui, dès lors, ne devait pas fournir un article de crédit de 2,400,000 fr. au compte de profits et pertes ; — Considérant que ces deux articles retranchés du compte de l'exercice 1865, le total de la recette ou de l'actif se réduit à 3,379,506 fr. 97 c., somme qui était insuffisante pour

des appréciations souveraines de la Cour que ces prétendus bénéfices ne consistaient pas dans des valeurs réalisées ou immédiatement réalisables, mais dans

couvrir les dépenses, en sorte qu'il ne devait y avoir lieu ni à un amortissement de 67,244 fr 15 c., ni à un dividende distribué de 1,916.695 fr., ni à une réserve statutaire de 57.865 fr. 82 c., ni à une balance de sortie de 520.882 fr. 45 c., et que le compte devait au contraire se clore par un déficit de 3,028,830 fr. 43 c. ;

« Considérant que les mêmes appréciations sont à porter, dans une proportion de chiffre plus considérable, sur le compte de l'exercice 1864 ; — Que le crédit de ce compte comprend une somme de 12,216,382 fr. 82 c., pour bénéfices réalisés sur des ventes de terrains de Marseille ; — Que cette somme représentait bien la différence du prix de revient des terrains avec les prix de vente obtenus, mais que ces prix de vente (sauf un accompte de 50.000 fr.) n'étaient pas encaissables pendant l'exercice, qu'ils étaient payables à des termes dont le plus prochain se reportait à deux ans, en 1866, et qu'ils devaient se toucher par un service d'annuités de la durée de dix, vingt ou trente ans, établies avec un calcul d'intérêts et composées d'amortissement du capital ; — Que quelques-unes de ces aliénations n'étaient pas même réalisées ; que le caractère d'aliénation avait été attribué à des actes qui ne renfermaient que des locations avec promesse de vente ; — Qu'évidemment la somme de 12,216,382 fr. 82 c , ainsi entrée dans l'actif du compte de profits et pertes, ne représentait pas un produit qui eût à y prendre place et qui fût susceptible d'être mis en disposition comme dividende, ou d'être affectée à la réserve, ou de balancer d'une manière quelconque le chapitre de la dépense ; — Que c'était là une simple collection de créances à long terme, dont le recouvrement ne pouvait verser de deniers dans la caisse qu'en s'étendant sur dix, vingt ou trente années et qui, loin de constituer une valeur ferme, étaient soumises à de périlleuses éventualités, comme la suite n'a pas tardé à le prouver, puisque par résiliation de vente par expropriation, sans aucun événement extraordinaire, au bout de trois ans à peine,

des prix de vente qui ne pouvaient devenir exigibles qu'éventuellement ou après un nombre d'années variable. »

les immeubles ont fait retour à la compagnie ; — Considérant que, rectification faite suivant ce qui vient d'être dit, le compte accuse un déficit énorme, et ne comportait ni le dividende de 5,833,350 fr. qui a été distribué, ni la somme de 944,616 fr. 60 c., qui a été mise à la réserve statutaire ni le solde disponible de 2,668,199 fr. qui a été reporté sur l'exercice suivant ;

« Considérant que le même système d'illusion sur les produits a atteint son apogée, dans le compte de l'exercice 1865, où, malgré un déficit de plus en plus considérable, on répartit entre les actionnaires un dividende de 6 millions, on attribue 997,507 francs à la réserve statutaire et 14,117,923 fr. à une réserve extraordinaire · — Que la cause de cette étonnante disposition du compte se trouve dans des bénéfices de 22,435,720 fr. sur vente de terrains, bénéfices qui n'étaient que des créances conditionnelles et à terme, et qui de même que pour l'exercice précédent, ont été considérés comme de véritables produits.

CHAPITRE III

Des Intérêts.

Il est souvent stipulé dans les statuts des sociétés que les associés toucheront l'intérêt de leur mise avant toute distribution de dividendes et sans attendre l'inventaire. On dit alors, pour les associés actionnaires, qu'il existe un coupon d'intérêts et un coupon de dividendes.

Au sujet de cette clause, un désaccord s'est produit entre la doctrine et la jurisprudence.

Il est évident que le problème ne se pose pas de savoir si l'associé a droit en principe à l'intérêt de sa mise.

Bien certainement, l'associé n'est pas un prêteur, il ne peut être considéré comme un bailleur de fonds, il est associé, et comme tel il ne saurait être question pour lui d'un droit à un intérêt quelconque.

Donc en l'absence de clause des statuts, il n'est pas admissible que l'associé touche l'intérêt de son ap-

port. Si une telle éventualité se produisait, ce ne pourrait être qu'à titre de provision anticipée sur les dividendes et si des bénéfices n'étaient pas ultérieurement réalisés on se trouverait incontestablement en présence de dividendes fictifs soumis à rapport dans les conditions et suivant les règles que nous exposerons plus loin (1).

Il ne s'agit donc ici que de l'interprétation d'une clause formelle des statuts.

Il existe trois rédactions différentes de cette clause :

1° Payement des intérêts sur les bénéfices nets et à titre d'avance sur ces bénéfices ;

2° Payement des intérêts sans aucune précision ;

3° Payement des intérêts en tout état de cause, même en l'absence de bénéfices.

A) *Payement des intérêts sur les bénéfices nets et à titre d'avance sur ces bénéfices.*

La première de ces clauses est essentiellement valable (2). Ici, les intérêts sont uniquement une partie des dividendes dont la Société fait l'avance, et qui viendra en déduction sur les valeurs distribuées suivant les résultats de l'inventaire.

Rien n'est plus légitime et l'on comprend la raison

(1) Pont, n. 1455 ; Lyon-Caen et Renault, n. 552.

(2) Vavasseur, n. 657 ; Lyon-Caen et Renault, n. 552.

pratique d'une telle mesure : Les associés toucheront le revenu normal de leur capital qui leur permettra d'attendre la distribution définitive. Les valeurs ainsi distribuées successivement s'adapteront beaucoup mieux aux dépenses journalières, qu'une somme plus considérable perçue en une fois. Et puis, dans le cas où un amortissement du capital interviendra, les associés dont les mises auront été amorties pourront ainsi être distingués des autres; ils n'auront plus droit qu'aux coupons de dividendes, ils auront ce que l'on appelle dans les sociétés par actions, des actions de jouissance, ils ne toucheront plus les coupons d'intérêt.

Une conséquence de cette clause semble indiscutable ; si les affaires n'ont pas été fructueuses, et si des prévisions certaines annoncent un déficit inévitable, tout au plus une balance approximative du passif et de l'actif, la société aura, pensons-nous, le droit et même le devoir de ne pas mettre en distribution l'intérêt des mises des associés (1).

On ne peut, en effet, concevoir une avance sur des bénéfices qui n'existeront pas; d'ailleurs, à quoi aboutirait une telle avance qui serait en principe sujette à rapport?

Il en a été ainsi décidé, notamment par un jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 27 octobre 1858 (2).

(1) Vavasseur, n. 657.

(2) D., 1859, 3, 24. —V. aussi Cas., 15 janv. 1862. (D. 1862, 1, 128.)

« Attendu, est-il dit, que le commanditaire demeure obligé vis-à-vis des tiers à concurrence de son versement, que cette obligation résulte tant de l'article 26 du Code de commerce que de la loi du 17 juillet 1856, qui dans ses termes proscrit la répartition des dividendes non réellement acquis, et dans son esprit la distribution sous des nominations diverses de bénéfices fictifs pris sur le capital..... qu'il suit de ce qui précède que B... est sans droit pour réclamer en l'absence de bénéfices sociaux le montant des intérêts de son capital commanditaire, etc... etc... »

B). *Payement des intérêts sans autre précision.*

La seconde formule doit selon nous être ramenée à la précédente, elle ne peut être considérée que comme un règlement d'ordre intérieur sur les époques de distribution de bénéfices; elle signifie simplement que pour les raisons pratiques exposées au paragraphe précédent, ces distributions seront scindées.

On a soutenu (1) que l'on devait interprêter cette formule en décidant que les contractants ont entendu « recevoir à tout événement le loyer de leur capital » c'est-à-dire en l'assimilant à la troisième.

Il est facile de répondre que les associés ne sont pas des bailleurs de fonds et n'ont droit qu'aux béné-

(1) Vavasseur, n. 658.

fices et qu'une clause violant ce principe, en supposant qu'elle puisse être reconnue légitimement applicable (1), doit être restrictivement interprétée comme toute disposition exceptionnelle.

« Le souscripteur d'actions qui verse le montant de sa commandite fait un apport social et non pas un prêt à la Société, il devient associé et non pas créancier, il a droit par conséquent à une part dans les bénéfices si la société en réalise, mais il ne peut avoir droit à des intérêts proprement dits. Aussi la clause portant que les intérêts du capital versé par les commanditaires leur seront payés à des époques déterminées, signifie simplement qu'à ces mêmes époques les actionnaires toucheront par anticipation à valoir sur les dividendes auxquels ils pourront avoir droit par résultat des inventaires, une somme égale aux intérêts que ce capital aurait pu produire.

« Les prétendus intérêts payés en vertu d'une pareille clause, ne sont donc pas autre chose que des dividendes, dès lors, tout ce qui a été décidé relativement au rapport des dividendes fictifs leur est applicable (2) ».

Au surplus, toutes les clauses d'un contrat sont solidaires et la volonté des contractants ressort de leur concours ; il pourrait résulter de l'ensemble de ces clauses que les associés ont réellement voulu que leurs intérêts leur soient distribués en tout état de

(1) V. *infrà*, pp. 51 et s.

(2) Demangeat, note dans Sirey, 1881, 1, 257.

causè ; mais ici nous en venons à l'interprétation de la troisième formule.

La jurisprudence semble donner raison à notre théorie. Il existe cependant un arrêt de la Cour de Rouen du 14 décembre 1844, confirmant par adoption de motifs un jugement du tribunal de commerce de la même ville, où nous lisons : « Attendu que lorsqu'elle existe (notre clause) les intérêts en cas de bénéfice comme en cas de perte, font partie des frais généraux (1)..... »

Mais la majorité de la jurisprudence est en sens contraire, et il est dit notamment dans un jugement de la Cour de Paris du 14 août 1868 (2) : « Considérant que le droit stipulé dans l'acte de société au profit du commanditaire de recevoir des intérêts pour le montant de sa commandite, n'existe qu'à l'égard des associés et ne peut être exercé contre les créanciers et au préjudice de leurs créances..... »

C). *Paiement des intérêts même en l'absence de bénéfices.*

Nous arrivons à la troisième formule, et c'est à son sujet que les discussions les plus nombreuses se sont élevées.

(1) D. 1847. 1. 199.

(2) S. 1868, 2, 249. — V. aussi Nancy, 13 février 1873. (*Journ. Soc.*, 1881, p. 309). Tribunal de la Seine, 27 octobre 1858. V. *Suprà*, p. 48, n. 2.

La légitimité d'une telle clause a été vivement contestée, et sur le terrain des principes, il semble bien que c'est avec raison.

De nombreux auteurs n'en admettent pas la validité (1).

Les associés ne sont pas des prêteurs de deniers, dit-on, car c'est là l'argument principal. Toutes les fois qu'ils touchent une somme quelconque en dehors des bénéfices, cela équivaut à une restitution partielle de leur mise, ce qui est contraire à l'essence même du contrat de Société.

Il ne peut être question non plus du loyer du capital social; la société en effet est propriétaire de ce capital, qui constitue son patrimoine propre (2). « Il est assez difficile de concevoir un loyer dû par le propriétaire d'une chose à celui qui n'a plus aucune espèce de droit sur cette chose..... et d'ailleurs en substituant les mots loyer du capital au mot intérêt du capital, on n'a pas sans doute la prétention de faire faire un grand pas à la question. »

Puisque l'on peut discuter le droit pour les associés de toucher des bénéfices avant la liquidation (voir page 9 et suiv.), puisqu'il est admis que même au cas de bénéfice lorsque par suite de pertes précédentes le capital est en partie absorbé, les associés ne peuvent prétendre à aucun dividende avant la reconstitution

(1) Bédarride, I, n. 224. — Demangeat sur Bravard, t. I, pp. 372 et suiv. — Demangeat, note. Sirey, 1881, 1, 257. — Rivière, n. 104. — Boistel, n. 295. — Beudant, note. Dalloz, 1867, 1, 193.

(2) Demangeat, note. S., 1881, 1, 257 ; Cass., 6 av. 1853. V. p. 17, n. 1.

intégrale du capital (voir page 24 et suiv.), *a fortiori* et pour les mêmes raisons ne peut-on permettre que les associés sous le nom d'intérêts se fassent rembourser partiellement leur mise : les tiers seront victimes d'une réduction du capital social dont ils ignoreront l'importance. Comment d'ailleurs concilier cette réduction avec la publication légale en tête des prospectus et papiers d'affaires sociaux du chiffre intégral du capital. N'est-ce pas là un sujet constant d'erreur pour les tiers ?

Et puis, ajoute-t-on, on paie toujours aux associés l'intérêt de leur part suivant sa valeur nominale ; mais souvent ils n'auront pas versé en entier cette part ; si elle est entièrement versée, elle est sujette à des variations, à des baisses aussi bien qu'à des hausses ; quand plusieurs années se seront écoulées au cours desquelles en l'absence totale de bénéfices, en présence même de pertes sérieuses, on aura distribué des coupons d'intérêt, le capital social sera considérablement réduit, et cependant c'est l'intérêt du capital entier qu'on continuera à payer. Comment peut-on admettre cela (1) ? Peut-être cette charge accablante de l'intérêt annuel va achever de ruiner la société, car on ne lui connaît pas de limites, et elle devient de plus en plus lourde à mesure qu'augmente le déficit ; elle acculera peut-être la société à une

(1) Il est remarquable que cet argument, avant la liberté du taux de l'intérêt, conservait toute sa valeur même si l'on considérait la mise sociale comme un prêt et l'intérêt comme l'intérêt de cette mise ; on se trouvait, en effet, en présence d'une convention usuraire

faillite qu'elle eût évitée sans cela. Est-il possible de soutenir alors que les créanciers n'auront pas été lésés ?

A ces raisons incontestablement puissantes, s'opposent ici encore des nécessités inéluctables de la pratique.

« L'histoire de cette clause, dit M. Labbé (1), veut d'abord être retracée. La clause dont il s'agit a été inventée pour des entreprises qui, comme les chemins de fer, exigent une longue période de construction, période de dépenses avant que l'exploitation productive ne commence.

« Il était difficile d'obtenir des capitalistes qu'ils renonçassent à tout revenu pendant plusieurs années;

. . . . . .

ou de telles entreprises auraient été impossibles, ou . . . . il fallait réserver une partie du capital réalisé au service des intérêts; aussi, malgré l'avis contraire du Conseil d'Etat, le Gouvernement préoccupé, avant tout, de L'UTILITÉ PUBLIQUE, a-t il approuvé cette clause dans les statuts soumis à son examen. Voilà le point de départ.

« Ensuite, la même stipulation a été insérée dans des sociétés fondées pour se livrer à un commerce, à une exploitation immédiate, en présence des crises qui supprimeraient les bénéfices pendant un certain temps. . . . . .

« Ainsi s'est généralisé l'usage de cette clause. »

(1) Labbé, note. Sirey, 1878, 2, 225.

M. Ruben de Couder, que l'on nous permette encore cette éloquente citation, s'écrie (1) : « Le droit pur est un non sens quand il élève la prétention de dominer le règlement des litiges. Qu'il soit à sa place dans l'école, qu'il se fasse admirer dans les spéculations des jurisconsultes, rien de mieux. Ces domaines sont assez vastes et lui appartiennent sans conteste. Mais il devient funeste quand il quitte ces sphères de direction pour se mêler à la lutte des intérêts, se mettre en travers des pratiques, des usages depuis longtemps consacrés, sans besoin, sans nécessité, qui s'impose, alors qu'il ne s'agit de défendre aucun principe d'ordre public compromis, mais seulement de contrarier des volontés qui, en elles-mêmes, lorsqu'elles s'expriment librement et *sont librement acceptées*, n'ont rien de reprèhensible. »

Il est évident que les capitalistes consentiraient difficilement à placer leurs capitaux dans une entreprise aux débuts longs et difficiles, sans rémunération immédiate, souvent cette rémunération leur est indispensable pour vivre; tout au moins en son absence une grande partie des capitaux de la petite épargne seraient écartés des sociétés (Voir p. 16).

Cette raison est incontestablement légitime quand il s'agit de sociétés se trouvant en présence de longs travaux préparatoires, mais l'est-elle autant vis-à-vis de celles qui sont amenées à commencer leurs opérations au lendemain de leur création? Il est permis d'en douter.

(1) Ruben de Couder, note, *Pand. franç. chron.*, t. VI, 1, 85.

Quoi qu'il en soit, cette clause est depuis longtemps dans la pratique, et le Gouvernement, comme le constate M. Labbé, la laissait passer dans les statuts des sociétés anonymes soumises à son autorisation.

Le Conseil d'Etat, opposé en principe à son admission, l'autorisait cependant pour les sociétés de la première catégorie. « Pareille chose a été autorisée pour la Compagnie de l'isthme de Suez, laquelle n'aura guère payé moins de cent millions de francs de dividendes fictifs, sous le nom d'intérêts avant de commencer son trafic (1) ».

Cependant, le projet de loi de 1838 qui était une réaction contre les abus scandaleux qui se répétaient à cette époque, supprimait radicalement le droit de stipuler une telle clause; l'article 4 était ainsi conçu : « Aucune répartition ne pourra être faite aux actionnaires, *sous quelque dénomination que ce soit*, que sur les bénéfices nets, etc. (2). » Et le rapport de la Commission du Corps législatif concluait dans le même sens, qu'il fallait « faire connaître d'avance aux actionnaires qu'ils n'avaient droit qu'à la répartition des bénéfices nets constatés par inventaire, *ce qui excluait même tous paiements à titre d'intérêt* »; enfin, la sanction était que toute répartition faite en dehors des inventaires serait sujette à rapport (art. 4).

La loi ne fut pas votée et la clause continua à être de coutume.

Les lois de 1856 et de 1863 ne reproduisirent pas

(1) De Courcy, *Sociétés anonymes*, p. 163.

(2) Voyez *Annexe*.

les dispositions du projet de 1838, c'est donc, disait-on, que le législateur n'avait pas voulu prohiber pareille stipulation.

Cependant, lorsque fut promulguée la loi de 1867, les partisans de la nullité de notre clause y puisèrent un nouvel argument :

La loi du 24 juillet 1867 a pris des mesures pour que le capital social soit réellement et intégralement le capital promis par les statuts. La société ne peut, en effet, commencer ses opérations sans que la souscription de l'entier capital soit réalisée et le versement au moins du quart effectué (art. 1). Que signifieraient ces prescriptions si le capital pouvait être restituable ?

L'article premier est nécessairement prohibitif de toute diminution du capital du fait des associés ; les souscriptions doivent être fermes et définitives, on ne peut admettre une souscription conditionnelle, surtout si la condition se résout en une restitution partielle.

D'ailleurs, cela ne veut pas dire que le législateur ait eu l'intention de prohiber les sociétés à capital variable puisque au contraire il leur a donné l'investiture légale ; seulement si les associés veulent créer une société à capital variable, ils devront se conformer aux articles 48 et suivants de la loi, sinon le capital devra être constitué à l'exclusion de toute faculté de retrait (1).

Sans doute, c'est aller plus loin que la pensée du législateur de 1867 ; il a voulu seulement que l'on ne

(1) Boistel, *Cours de droit commercial*, 2e édit., p. 177, n. 249.

trompât pas les tiers avec le leurre d'un capital annoncé, mais non souscrit ; que la société ne se lançât pas dans des spéculations en offrant comme garanties des valeurs qui en réalité n'existeraient pas ; et comme une souscription qui ne correspondrait à aucun versement réel, n'aurait pas grande consistance, il a prescrit aussi le versement du quart.

Quant à l'argument tiré des articles 48 et suivants, on peut y répondre que les règles posées par la loi de 1867, pour les sociétés à capital variable, ont été stipulées dans l'intention de favoriser certaines sociétés dont le but est intéressant, mais qu'elles ne signifient pas que seules ces sociétés pourront être à capital variable. La variabilité du capital peut être adaptée à toutes sortes de sociétés ; sur ce point là la loi de 1867 a entendu laisser absolue la liberté des conventions.

Aux raisons pratiques à cette raison, tirée du principe de l'utilité publique, on peut ici encore ajouter des arguments juridiques ; c'est toujours le principe de la liberté des conventions qu'il convient d'invoquer.

Il faut cependant se placer à un double point de vue :

1° Validité de la clause entre associés ;

2° Validité de la clause dans les rapports des associés avec les tiers.

a). *Validité de la clause entre associés.* — « La question est ramenée à ces termes : est-il permis d'apporter dans une société des capitaux qui, dans telle

ou telle éventualité déterminée, devront être restitués à l'associé (1). » La solution affirmative n'est en rien contraire aux principes, les associés peuvent faire un apport plus ou moins considérable ; ils peuvent faire un apport conditionnel, et ici la condition sera la restitution partielle éventuelle.

L'associé ne stipule pas des intérêts, dit en substance M. Troplong (2), il ne devient pas créancier d'intérêts, il stipule que sur le capital social, dont sa mise est une partie, seront reprises des fractions équivalentes à l'intérêt de cette mise en l'absence de bénéfices.

Quant à l'argument qui consiste à dire que l'intérêt ne correspond plus au capital, quand celui-ci est diminué, il est facile d'y répondre : ce n'est pas un intérêt mais « une fraction de capital restitué ». Il est donc parfaitement légitime que les associés conviennent entre eux que la société leur versera annuellement l'intérêt de leur mise non comme loyer de leur capital, non comme un intérêt à des bailleurs

(1) Labbé, note, Sirey, 1878, 2, 225.

M. Labbé, dans cette note remarquable, nous paraît avoir posé nettement la question ; sans s'attacher à vouloir démontrer que le paiement de l'intérêt aux associés n'est pas éventuellement une diminution du capital mais plutôt un loyer ou un *intérêt*, au sens propre du mot, justement acquis on ne sait en vertu de quel principe, il déclare catégoriquement que c'est bien une diminution du capital librement *voulue* par les associés ; c'est là, croyons-nous, la seule base vraiment solide sur laquelle puisse être assise la légitimité de notre clause.

(2) *Sociétés*, n. 191-192.

de fonds, mais comme avance sur les bénéfices quand il en existera et en restitution partielle de leur part en leur absence, pour leur procurer « un revenu constant, un émolument égal à celui qu'ils retireraient d'un autre placement (1). »

Nous le répétons, une telle clause n'est en rien contraire aux principes : la liberté des conventions est ici entière tant que les tiers ne sont pas en cause.

b). *Validité de la clause dans les rapports des associés avec les tiers.* — Ici, la question change d'aspect : il est évident, et personne ne songe à le nier, que les tiers ne peuvent être victimes d'une convention à laquelle ils n'ont pas été parties, et une solution s'impose de prime-abord (2) ; c'est que la clause aura son plein effet entre les associés tant que la société sera *in bonis*, tant que l'actif sera supérieur au passif, mais que si la société venait à être mise en faillite ou en liquidation judiciaire les associés ne seraient pas en concours avec les créanciers sociaux, le paiement des intérêts cesserait aussitôt.

Les associés, dit M. Troplong, ne peuvent jamais avoir songé à se placer en antagonisme avec les tiers, et il est bien entendu que le jour où le capital sera inférieur aux dettes, il ne sera plus question d'intérêts (3).

(1) Labbé, note précitée.
(2) Lyon-Caen et Renault, n. 556.
(3) Troplong, *Sociétés*, n. 191 et 192.

« Le jour où il ne reste plus dans la caisse que l'équivalent des dettes sociales, le capital est grevé, il est engagé envers les tiers : une clause de restitution au profit des associés ne peut plus s'exécuter (1). »

Nous croyons que l'on doit aller plus loin et qu'il faut que la clause soit publiée, c'est-à-dire ait été connue des tiers pour leur être opposable (2).

Il est incontestable que pour que les tiers puissent contracter en connaissance de cause avec la société, il faut qu'ils sachent quelles garanties ils sont réellement en droit d'en attendre, qu'ils ne puissent pas se méprendre sur la valeur de cette garantie, en comptant toujours sur un capital dont ils ignoreront la réduction ou même la possibilité de réduction.

Mais, à partir du moment où ils ont pu apprendre qu'une telle clause existe, elle leur est opposable et ils ne sauraient être admis à s'en plaindre. Ils mesureront, en effet, leur crédit à la nature et à la valeur du gage qui leur est offert. Si un capital conditionnel, éventuellement réductible par restitution, leur inspire des craintes, ils n'auront qu'à limiter d'autant leurs conventions avec la société.

D'ailleurs, en pratique, un tiers qui contracte avec tel ou tel commerçant, telle ou telle société, doit évi-

(1) Labbé, note précitée.

(2) Bien entendu, nous voulons parler ici de l'insertion de la clause dans l'extrait de l'acte de société publié dans les journaux (art. 57 et 58 de la loi de 1867). Quant au dépôt de l'acte, il est toujours prescrit et la question ne se pose pas à ce sujet.

demment se préoccuper de la solvabilité de son co-contractant au moment de la convention. Mis en garde par la publication de notre clause, les tiers agiront prudemment en examinant l'état du fonds social au moment où ils traiteront avec la société, et s'il y a lieu en refusant leur confiance.

Telles sont les solutions applicables en présence de cette clause (1) dans l'état actuel de la législation.

Plusieurs ont pensé qu'il y aurait lieu à une réforme, que d'ailleurs beaucoup de lois étrangères ont déjà appliquée ; en effet, notre clause indispensable et par cela même légitime à cause de son utilité publique, lorsqu'on se trouve en présence de travaux préparatoires demandant un temps assez long avant le commencement des opérations fructueuses, se justifie ; mais, dans ce cas seulement. Peut-être serait-il bon de réduire son application à cette éventualité.

Une tendance semble s'accuser en ce sens, et le projet de loi sur les sociétés adopté par le Sénat,

(1) Il est bien entendu que toute cette discussion, qui se produit surtout à propos des sociétés à responsabilité limitée, est parfaitement applicable aux sociétés en nom collectif (V. p. 13, n. 1). « Si la clause, disent Lyon-Caen et Renault (n. 199), conférant aux associés (en non collectif) le droit de toucher l'intérêt de leur mise à un certain taux même en l'absence de bénéfices, est valable, elle doit, pour être opposable aux créanciers sociaux, avoir été insérée dans l'extrait publié dans les journaux. »

Cette question n'a pas seulement ici un intérêt théorique ; elle peut prendre une grande importance pratique puisque les créanciers sociaux ont un droit de gage exclusif sur le capital social.

le 29 novembre 1884, contenait un article 29 ainsi conçu :

« Les statuts peuvent déclarer que des intérêts seront payés aux actionnaires même en l'absence de bénéfices, sous les conditions suivantes :

« 1° Que le taux des intérêts ne puisse pas dépasser cinq pour cent des *sommes versées ;*

« 2° Que ce prélèvement ne puisse avoir lieu que pendant la période de premier établissement dont le terme est fixé par les statuts sans pouvoir être dépassé ;

« 3° Que cette clause des statuts soit rendue publique.

« Aucune répétition ne peut être exercée que s'il a été contrevenu aux dispositions qui précèdent.

« L'action en répétition dans le cas ou elle s'exerce, se prescrit par cinq ans à compter du jour fixé pour le paiement des intérêts (1). »

Pour nous qui pensons que la liberté des conven-

(1) Le Congrès internationnal des sociétés par actions, réuni à Paris en 1889, a adopté, sur la question, une résolution ainsi conçue :

« En principe, la société ne peut distribuer des intérêts aux actionnaires que sur des bénéfices réalisés.

« Mais les statuts peuvent spécifier que dans la période de premier établissement, dont ils déterminent la durée, des intérêts de trois pour cent au maximum, pourront être distribués aux actionnaires.

« Le total des intérêts touchés par les actionnaires, pendant la période de premier établissement ne pourra jamais représenter plus de quinze pour cent du capital. »

tions ne peut être limitée que lorsque l'ordre public est en jeu, nous ne sommes pas partisan d'une telle restriction ; nous croyons au contraire que le *criterium* d'une bonne législation sur les Sociétés est dans la liberté à peu près absolue, accompagnée de la publicité la plus grande possible.

La jurisprudence est presque unanime à admettre la validité de cette clause sauf quelques rares décisions assez anciennes, par exemple, un arrêt de la Cour d'Orléans du 20 décembre 1860 (1) où nous lisons :

« Attendu qu'en appréciant les caractères essentiels de toute Société on conçoit difficilement une distribution d'intérêts pris sur le capital ; que pareille distribution tait supposer un prêt inconciliable avec la position d'associé et semble heurter les principes posés par les articles 1845 du Code Napoléon et 26 du Code de Commerce et consacrés de nouveau par l'article 3 de la loi du 17 juillet 1856.....

..... Ordonne le rapport des intérêts..... »

L'immense majorité de la jurisprudence est en sens contraire (2).

(1) Dalloz, 1861, 2, 1. Voyez aussi Tribunal de Commerce de la Seine, 27 octobre 1858. (Dalloz, 1859, 3, 24.)

(2) Cass., 14 fév. 1810. — *Paud. franç. chron.*, t. Ier, 1, 103. — Rouen, 26 janv. 1841 ; 30 mars 1841. D. 1841, 2, 173 et 174. — Tribunal de Commerce de Marseille, 30 mai 1859. — Paris, 12 août 1855 ; 18 août 1865. — Lyon, 9 juin 1864. — Caen, 16 août 1864. — Angers, 11 janv. 1867. (D. 1859, 3, 68 ; — 1856, 2, 31 ; — 1861, 2, 123 ; — 1865, 2, 192 et 197 ; — 1867, 2, 19.)

Il est cependant admis que la distribution des intérêts doit cesser quand la Société n'est plus *in bonis*.

Un arrêt de la Cour de Paris du 14 août 1868 (1), décide que les intérêts des mises des commanditaires placés suivant les statuts au rang des charges sociales, ne peuvent pas être réclamés à l'encontre des créanciers sociaux en cas de faillite de la Société. Si malgré cela les intérêts avaient continué à être payés, il y aurait lieu à restitution.

Mais, il a été jugé que pendant la liquidation, alors que la personnalité juridique de la Société subsiste, les intérêts doivent être encore payés aux associés. Nous lisons dans un arrêt de la Cour de Cassation du 19 octobre 1896 (2) :

« Attendu que d'après l'article 3 des conventions sociales les commanditaires devaient toucher l'intérêt à cinq pour cent du montant de leur mise, au compte *des frais généraux* de la Société, qu'en décidant que d'après l'intention commune des contractants cette clause avait dû produire son effet même depuis la dissolution de la Société pendant la durée de la liquidation et à la charge de celle-ci, la Cour d'Appel n'a fait qu'interpréter la convention, etc., etc. »

Il est à remarquer deux tendances dans la jurisprudence. D'abord il avait été unanimement admis que pour être opposables aux tiers notre clause devait être publiée.

(1) Sirey, 1868, 2, 248. — Cass., 6 mai 1868. (S., 68, 1, 243.)
(2) *Pand. franc. per.*, 1897, 1, 293.

Ainsi, un arrêt de la Cour de Rennes, du 25 août 1863 (1), l'établit très nettement :

« Considérant qu'en supposant même . . . . . qu'on dût regarder comme licite la convention que les intérêts des commandites seraient au besoin prélevés sur le capital, il resterait encore que dans l'espèce cette convention, si essentiellement dérogatoire aux effets du droit commun en pareille matière, *n'aurait pas été publiée*, et que par suite elle *ne pourrait être opposée aux tiers* demandant que le capital social soit composé de la même manière qu'il leur a été promis..... »

Mais, depuis un arrêt de la Cour d'Angers du 18 janvier 1865, la jurisprudence semble s'obstiner à juger inutile la publication de notre clause.

La Cour d'Angers (2) jugeait ainsi :

« Attendu que l'article 43 du Code de Commerce qui règle les conditions et la forme des sociétés en commandite n'exige pas la publication entière des statuts. . . . . »

Ces motifs étaient sommaires ; un arrêt de la Cour de Douai du 9 avril 1879 (3), essaie d'en invoquer de plus graves :

« Attendu qu'il résulte, tant de l'ensemble des dispositions de l'acte de société que des termes formels de l'article 8 que le prélèvement des intérêts de la

(1) S. 1864, 2, 65. — Lyon, 8 juin 1864 (D. 1865, 2, 197).
(2) Dalloz, 1865, 2, 67.
(3) *Pand. franc. chron.*, t. VI, 2, 27.

commandite constitue à l'évidence, non un élément éventuel de diminution du capital, mais une *simple charge* sociale dont le Code de Commerce et la loi du 24 juillet 1867 n'exigent pas la publicité et que les tiers peuvent au besoin connaître en demandant la communication de l'acte de société lui-même..... »

Dans un arrêt du 1er juin 1876 (1), la Cour de Paris semblait de nouveau admettre qu'il faut le dépôt et la publication de la clause pour que les tiers puissent se la voir opposer : « Considérant. . . . . que les tiers . . . . . ont pu facilement connaître les charges imposées au fonds social par le *dépôt* et la *publicité* effectués . . . . . »

Mais la même Cour à peine un an plus tard, le 9 août 1877 (2), précisa en sens contraire, que la publicité n'est pas nécessaire et que le dépôt suffit :

« Considérant que le paiement des intérêts de la commandite ayant été compris par le pacte social parmi les *frais généraux* et les *charges sociales*, il n'était point nécessaire d'en faire mention dans les extraits publiés conformément aux articles 55 et suivants . . . . . »

(1) Sirey, 1878, 2, 225.

(2) Sirey, 1878, 2, 225. V. aussi Douai, 9 avril 1879. (*Pand. fr. chron.*, t VI, 2, 27.) — V. Cass. Req., 7 novembre 1899 (D. 1900, 1, 369) et la note de M. Thaller. — Ce dernier arrêt consacre au fond la même théorie ; s'il a déclaré notre clause nulle pour défaut de publication, c'est uniquement parce que les statuts avaient négligé de mettre le paiement des intérêts au rang des *charges sociales* ; s'il en eut été ainsi, la Cour eut certainement déclaré la clause valable même sans qu'elle ait été publiée.

Les auteurs (1) ne suivent pas jusque-là la jurisprudence, et il nous paraît en effet que soutenir pareille théorie c'est purement ergoter sur les mots, c'est permettre aux associés d'éviter frauduleusement, tout au moins peu loyalement, de renseigner les tiers sur le véritable état du capital, à la seule condition de masquer sa réduction éventuelle sous des expressions particulières; que l'on appelle les intérêts « frais généraux », ou simplement « intérêts », il est évident qu'ils sont susceptibles d'être à l'occasion pris sur le capital lui-même au profit des associés, par conséquent d'être une réduction de ce capital par restitution partielle; c'est là une éventualité que les tiers doivent pouvoir connaître et envisager.

Une telle doctrine, pour être logique, devrait admettre en poussant son raisonnement jusqu'au bout, que même en l'absence de toute clause les intérêts seront payés aux associés; ils sont, en effet, ou ne sont pas une charge sociale, ils font ou ne font pas partie des frais généraux, cela est une question de fait qu'il n'appartient pas aux associés de changer en une classification arbitraire.

La jurisprudence paraît avoir le sentiment de la fragilité de sa théorie au point de vue juridique, aussi n'ose-t-elle pas affirmer que toute publicité est inutile et insinue-t-elle que les tiers pourront au be-

(1) Lyon-Caen et Renault, n. 556. — Vavasseur, n. 1027. — Rousseau. (*Sociétés commerciales*, n. 206.) — Thaller, note (D., 1900, 1, 369.)

soin se faire communiquer l'acte de société (voyez *suprà* arrêt de la Cour de Douai, p. 66), mais elle oublie que tout au moins pour les commandites simples, les tiers ne sont pas autorisés à prendre communication de l'acte déposé (article 63 de la loi du 24 juillet 1867).

« Doit être publié, dit M. Labbé, et c'est là la saine doctrine, le capital social et plus particulièrement le montant des apports avec la distinction des mises réalisées des mises à fournir. Il en résulte que toute clause modifiant l'étendue de la mise doit être portée à la connaissance des tiers. L'énonciation pure et simple d'une somme suppose qu'elle est apportée en pleine propriété. Si le commanditaire apporte le revenu et non le capital, si le commanditaire apporte en sens inverse le capital et non le revenu (ce qui est une traduction de notre clause), il faut le déclarer. La loi veut que les tiers connaissent la composition vraie du capital (1). »

(1) On discute sur le point de savoir si le défaut de publicité entraînerait la nullité de la société ou simplement de la clause. Nous n'insistons pas sur cette discussion qui n'entre pas dans notre sujet. Nous pensons avec M. Labbé et MM. Lyon-Caen et Renault (n. 556) à l'encontre de la Cour de Paris (9 août 1877), que la clause seule est non avenue à l'égard des tiers, mais que la société ne doit pas être annulée. V. en ce sens, Cass. civ., 28 mars 1881. (*Pand. fr. chron.*, t. VI, 1, 84.)

Droit Etranger.

Un grand nombre de législations étrangères ont, au contraire de la nôtre, prévu et règlementé formellement les distributions de l'intérêt de leurs mises aux associés.

Mais par aucune la stipulation d'intérêts n'a été admise purement et simplement et sans restrictions. Ces réserves varient selon les Etats, mais il est une mesure universelle, c'est que cette stipulation n'est valable que pour la période de premier établissement.

En *Allemagne*, d'après le Code de commerce de 1861 (art. 217) dans la société anonyme il pouvait être stipulé le payement d'intérêts aux actionnaires, mais seulement pendant la période de premier établissement dont la durée devait être expressément fixée par les statuts. Pour la société en commandite par actions au contraire, une telle disposition était prohibée.

Le Code de commerce de 1897 (art. 215, 2e alinéa), conserve ces dispositions en ce qui concerne les sociétés anonymes, mais il les modifie en faveur des commandites par actions (art. 320, 3e alinéa), en ce

sens qu'il autorise la clause d'intérêts pour ces sociétés.

Le Code de Commerce *Hongrois*, qui n'admet que la société anonyme comme société par actions, permet la clause stipulant le payement d'intérêts aux actionnaires, mais seulement durant la période d'établissement, sans exiger cependant que la durée en soit statutairement fixée (art. 165).

Le Code *Suisse* des obligations (art. 630) et le Code *Bulgare* (art. 173 et 219), contiennent les mêmes dispositions que le Code allemand pour les sociétés anonymes, vis-à-vis de toutes les sociétés par actions.

Le Code *Italien* (art. 181), le Code *Roumain* (art. 183) et le Code *Portugais* sont dans le même sens que les précédents. Mais ils fixent péremptoirement le délai pendant lequel ils admettent ces distribuons à trois ans au maximum et les intérêts à cinq pour cent au plus. Ils stipulent expressément que ces intérêts resteront à la charge des bilans postérieurs si ces bilans accusent des dividendes réels.

Nous connaissons maintenant ce qu'est un dividende réel et par suite ce qu'est un dividende fictif.

Nous pouvons, en résumant ce qui précède, définir le dividende fictif : *toute distribution aux associés par la société, sous quelque dénomination que ce soit, de*

valeurs ne correspondant pas à un excédent de l'actif sur le passif, périodiquement constaté, sauf le cas où tout autre distribution serait stipulée par une clause des statuts sociaux, légalement rendue publique.

Il nous reste à étudier les diverses responsabilités mises en jeu sous les différentes lois qui ont régi la matière par suite des distributions de dividendes fictifs, et les sanctions différentes de ces responsabilités.

TITRE DEUXIÈME

Des Responsabilités mises en jeu par les distributions de dividendes fictifs.

Aperçu Général.

Trois périodes sont à considérer quand on examine la question des responsabilités soulevées au sujet des distributions de dividendes fictifs.

La première est celle du régime du Code de Commerce.

La seconde va de la loi du 17 juillet 1856 à la loi du 24 juillet 1867.

La troisième est celle du régime de la loi du 24 juillet 1867, c'est-à-dire de la législation actuellement en vigueur.

La première période est sous l'empire du droit commun ; aucune disposition spéciale de la loi ne règle les différentes responsabilités, soit des distributeurs de dividendes fictifs, soit des bénéficiaires de ces distributions.

La loi de 1856 se préoccupe surtout de l'intérêt des tiers en aggravant la situation des distributeurs de dividendes, fictifs mais en laissant sous l'empire du droit commun les rapports des associés et des créanciers sociaux. En sorte que l'on peut dire que de 1856

à 1867, les créanciers sociaux ont eu le sort le plus avantageux.

Enfin, la loi de 1867 semble, au contraire, prendre en considération l'intérêt des associés jusque-là délaissé, et elle inaugure pour eux un régime de faveur.

Si nous nous plaçons à un second point de vue plus particulier et plus important aussi, en raison du grand nombre des intérêts mis en jeu, celui de la situation respective des associés et des tiers créanciers sociaux en présence d'une ou plusieurs distributions de dividendes fictifs, nous remarquons que deux périodes existent : la première depuis le Code de commerce jusqu'à la loi de 1867, qui est en la matière le régime du droit commun avec une tentative de législation, le projet de 1838 précurseur de la loi de 1867 ainsi que nous le verrons tout à l'heure — la seconde, celle du régime de la loi du 24 juillet 1867, soustrayant les associés aux responsabilités de droit commun et les couvrant d'une immunité à peu près complète.

Enfin, ces différentes lois se sont préoccupées des sociétés par actions, mais ont laissé de côté les commandites simples et les sociétés en nom collectif ; nous aurons à nous demander si leurs dispositions peuvent être étendues à ces dernières.

Pour la plus grande clarté de la discussion, nous conserverons la division en trois parties.

CHAPITRE PREMIER

Première Période : Régime du Code de Commerce.

Le Code de commerce ne contenait aucune disposition spéciale concernant les distributions de dividendes fictifs. Nous avons vu qu'une proposition de M. Bérenger, lors de la discussion du Code de commerce au Conseil d'Etat, tendant à rendre chaque commanditaire responsable des pertes de la Société sur sa mise et sur les bénéfices acquis, avait été retirée par son auteur devant les protestations unanimes. C'était donc le droit commun qui était applicable.

Or, quelle solution commandait le droit commun? Elle était bien simple.

Les associés se sont engagés à donner comme garantie aux tiers appelés par eux à traiter avec la Société, un certain capital dont ils ont fait le patrimoine de la Société qu'ils ont créée.

Ils se sont par suite engagés à laisser ce capital intact, pendant toute la durée de la Société. C'est une sorte de pollicitation constante, avec garantie, qui devient convention chaque fois que des tiers contractent avec la Société. Il n'appartient aux associés de rompre ni l'une ni les autres; et toutes les fois qu'à leur profit le capital social aura été réduit, toutes les fois en d'autres termes, que sera intervenue une restitution partielle de ce capital, les associés bénéficiaires de cette restitution, seront tenus d'autant vis-à-vis des créanciers sociaux.

Or, que sont donc les distributions de dividendes fictifs, sinon une restitution partielle du capital social puisqu'elles sont prélevées à son préjudice? Par conséquent, la solution qui s'impose est que les associés devront restituer les dividendes fictifs qu'ils auront reçus.

A cela, on a opposé l'éternel argument tiré des articles 549 et 550 du Code civil : Les associés qui auront touché les dividendes fictifs, de bonne foi, ne seront pas soumis à restitution, car ils sont possesseurs de bonne foi, et le possesseur de bonne foi fait les fruits siens.

Nous avons déjà répondu à l'occasion des dividendes réels, que les associés n'étant ni propriétaires ni possesseurs du fonds social, source de ces fruits, nous ne comprenions pas comment l'on pouvait justifier l'application des articles 549 et 550 du Code civil en leur faveur (1).

(1) Voyez *Suprà*, p. 17 et suiv.

Mais ici, une raison encore plus puissante existe ; c'est que les dividendes fictifs *ne sont pas des fruits* (1), ils ne peuvent l'être vis-à-vis de qui que ce soit ; parce qu'ils sont une partie du fonds productif, une partie du capital social. Or, si le possesseur de bonne foi fait les fruits siens, il n'est jamais venu à l'esprit de personne de soutenir que l'on peut considérer comme fruits acquis par le possesseur de bonne foi, une partie quelconque du fonds qu'il aurait accaparée.

Quelle que fût la gravité de ses conséquences, il était donc évident que la restitution des dividendes fictifs s'imposait ; les principes sont formels, la solution qui en découle inattaquable (2).

Il nous paraît, en nous plaçant à un autre point de vue, que les créanciers, du moins ceux antérieurs à la distribution, avaient peut-être un moyen de forcer les associés à la restitution des dividendes fictifs, contre lequel ceux-ci n'auraient pu en aucune façon invoquer leur bonne foi ; c'est l'action Paulienne (article 1167 du Code civil).

La plupart du temps, en effet, toutes les conditions d'exercice de cette action, se trouvent réunies dans une distribution de dividendes fictifs.

Au fond, la distribution par la Société de dividendes pris sur son capital, équivaut à une libéralité faite par elle aux associés qui n'ont absolument aucun droit à cette distribution. Or, presque toujours, la Société aura fait cette libéralité en connaissance

(1) Thaller, n. 382.
(2) Pont, n. 1484. — Vavasseur, n. 638.

de cause, sachant parfaitement qu'elle paie au détriment de son patrimoine et que cette diminution du capital social, cause un préjudice aux tiers (*eventus damni*).

Le plus souvent même, la fraude et le dol seront les mobiles de cette mesure; elle voudra par ces distributions, donner l'illusion de sa prospérité (*consilium fraudis*). Il ne manque donc aucun des éléments nécessaires pour que l'action de l'article 1167 soit recevable; et comme il s'agira de faire révoquer un acte à titre gratuit, une libéralité, les associés ne pourront objecter leur bonne foi (1).

Il aurait suffi, par conséquent, que les tiers démontrassent que la Société avait distribué les dividendes fictifs en connaissance de cause, ce qui en réalité, aurait été, nous le répétons, toujours facile, et que cette distribution leur avait causé un préjudice, pour que la distribution ait été aussitôt révoquée et la restitution ordonnée.

Quant à la responsabilité des gérants des commandites et des sociétés en nom collectif, elle variait, suivant qu'ils avaient été choisis parmi les associés responsables des dettes sociales *in infinitum*, où qu'ils n'en étaient pas tenus personnellement, c'est-à-dire qu'il étaient étrangers à la Société.

Dans le premier cas, il n'y avait aucune difficulté ; le gérant était responsable vis-à-vis des associés et des tiers de tout le préjudice causé aux uns comme aux autres par les distributions de dividendes fictifs,

(1) Baudry-Lacantinerie (*Précis de Droit civil*, t. II, n. 919, b.).

et cette responsabilité était contractuelle vis-à-vis des uns et des autres ; vis-à-vis des associés, elle dérivait du mandat (Article 1992 et suivants du Code Civil), vis-à-vis des tiers du contrat de Société.

Dans le second cas (1), leur responsabilité de même que celle des membres des conseils de surveillance et des administrateurs, dérivait de leur situation juridique de mandataires des associés. Le mandataire n'est responsable des fautes qu'il commet dans l'exécution de son mandat que vis-à-vis de son mandant (Article 1992 du Code Civil). Par conséquent, c'est seulement vis-à-vis des associés que ces diverses personnes devaient être en principe considérées comme responsables des distributions de dividendes fictifs (2).

Or la solidarité des mandataires ne se présume pas (Article 1995 du Code civil) ; leur responsabilité était donc individuelle.

Bien entendu, les tiers qui ne possédaient contre eux en principe aucune action directe, avaient l'action oblique de l'article 1166 du Code civil.

Mais ils devaient être admis à exercer aussi incontestablement contre eux, l'action dérivant des articles 1382 et 1383 du Code civil, lorsque par leur fait, ou par leur faute, ils avaient souffert un préjudice. Or, comme les distributions de dividendes fictifs avaient eu pour conséquence la diminution du capital social

(1) Lyon-Caen et Renault, n. 485, n. 1000. (Art. 1859 du Code civil.)

(2) Lyon-Caen et Renault, n. 534.

leur gage, et que cette distribution était le fait des gérants ou des administrateurs, ils pouvaient invoquer les articles 1382 et 1383.

En ce qui concerne les conseils de surveillance qui, remarquons-le, n'étaient pas alors dans les commandites par actions, exigés par la loi, la responsabilité des membres de ces conseils, n'existait pas vis-à-vis des tiers ; car ils étaient créés en principe, dans l'intérêt des associés pour surveiller la gestion de la Société. Si en cas d'action contre eux en restitution de dividendes fictifs, les associés avaient évidemment un recours contre les membres du conseil de surveillance, les tiers n'avaient contre ceux-ci, que l'action oblique de l'article 1166 en raison de ce recours éventuel.

Il y a plus, les associés pouvaient valablement dispenser les membres du Conseil de surveillance de toute responsabilité en raison de leur faute (1).

Exceptionnellement, dans tous les cas qui précèdent, la solidarité qui en principe n'existait pas, pouvait être invoquée, si en présence d'une faute commune, par exemple d'actes émanant du conseil d'administration agissant collectivement, il était impossible de déterminer la part de chacun, ou si la responsabilité résultait d'un ensemble indivisible de fautes ; en langage plus juridique, on peut dire qu'il y avait obligation *in solidum* (2).

Telle était la situation avant la loi de 1856. En

(1) Lyon-Caen et Renault, n. 534. — Pont, n. 1528.
(2) Baudry-Lacantinerie, t. II, n. 989.

1838, avait été déposé au corps législatif un projet de loi dont nous donnons le texte dans notre annexe.

Il est remarquable que la loi de 1867 est à peu près exactement la réalisation de ce projet en ce qui touche les dividendes fictifs, tout au moins, quant à son innovation la plus grave.

Ce projet, en effet, qui supprimait les commandites par actions, déclarait pour les sociétés anonymes définitivement acquis aux actionnaires, les dividendes fictifs perçus par eux de bonne foi.

Voici le passage de l'exposé des motifs relatif à cette solution. Quoique un peu longue, cette citation nous semble assez importante en présence de notre législation actuelle, pour que nous la reproduisions intégralement (1).

« Un des grands vices d'une société par actions, c'est d'attirer des actionnaires par la perspective de dividendes assurés ; on ne manque pas de les promettre, on les paye, en effet, pour remplir un engagement et surtout pour entretenir le cours des actions qui seraient bientôt décriées si elles étaient improductives. Mais, comment se procure-t-on les moyens de satisfaire à cette nécessité ? En ruinant l'avenir de la société ; en prenant sur le capital, tandis que le dividende suppose un bénéfice. Voilà une plaie à laquelle il était urgent de porter remède.

« A cet effet, rien n'était plus simple, que de déci-

(1) Exposé des motifs. (*Moniteur* du 15 fév. 1838.)

der qu'aucune répartition ne pourrait être faite aux actionnaires, n'importe sous quelle dénomination, que sur les bénéfices nets constatés par inventaire. Mais, la difficulté était de déterminer la sanction de cette sage disposition. C'est alors que s'est élevée la question de savoir si les actionnaires seraient tenus dans tous les cas de rapporter ce qu'ils auraient reçu, même de bonne foi ; s'ils seraient indéfiniment sujets à cette action en rapport pendant le délai ordinaire de la prescription.

« Autre question non moins grave : ceux qui administrent la société aux termes de l'article 31 du Code de commerce, ne sont-ils pas responsables d'une mauvaise distribution ? Le seront-ils, dans tous les cas ? Ces questions ont été examinées sur toutes leurs faces.

« Quant aux sociétaires, il était difficile de les astreindre au rapport des sommes qu'ils auraient touchées et consommées de bonne foi. Leur bonne foi ne pouvait être admise, la présomption leur étant tout à fait contraire, lorsque à la faveur de la précaution la plus vulgaire, c'est-à-dire en consultant les résultats de l'inventaire, ils peuvent refuser de recevoir comme dividendes, une somme qui ne saurait leur être payée qu'au détriment du fonds social. Nous n'avons pas hésité à les soumettre au rapport, toutes les fois qu'une répartition aura été faite en dehors des inventaires.

« L'action en rapport, limitée à ce cas, il n'y avait pas de motifs pour en abréger la durée. Dans toute autre hypothèse, il aurait fallu une prescription très brève.

« Quant aux administrateurs, avertis qu'ils sont par la loi de ne faire de répartition qu'après inventaire et lorsque l inventaire en constate la possibilité, il n'y avait aucune difficulté à les déclarer responsables solidairement et par corps en cas de désobéissance.

« Mais il pouvait se présenter d'autres causes de responsabilité ; supposons, en effet, qu'un inventaire ait été dressé et que les administrateurs, dans le but, par exemple, de faire croire à une prospérité qui ne serait qu'apparente, aient fait ressortir des bénéfices là où ils savaient qu'il n'existait que des pertes. Supposons que, sans se rendre coupables de cette fraude, ils aient commis des fautes graves dans l'établissement, de l'inventaire et dénaturé ainsi les résultats. Dans la première hypothèse, ils répondront nécessairement de leur dol. Nous avons pensé qu'il en devait être de même en cas de faute grave, parce que dans les principes généraux du droit, la faute grave est assimilée au dol, quant à la responsabilité et qu'il n'y avait aucun motif pour y déroger, en matière de distribution de deniers sociaux. »

Ce projet de loi de 1838 était une mesure de réaction contre les abus qui s'étaient multipliés pendant les années précédentes.

Les commandites, par actions surtout, avaient offert le spectacle de catastrophes scandaleuses, par l'impunité des spéculateurs qui les avaient, pour ainsi dire organisées. Aussi, le projet de loi débutait-il par une disposition catégorique ; la suppression pure et simple des sociétés en commandite par actions.

On pensa que le mal était moins grave que le remède proposé et la loi ne fut pas votée, elle ne vint même pour ainsi dire pas en discussion, elle fut oubliée et, près de vingt ans s'écoulèrent, avant que l'on songeat de nouveau à se préoccuper de la règlementation des sociétés.

CHAPITRE II

Deuxième Période : De 1856 à 1867.

SECTION PREMIÈRE

DISTRIBUTEURS DE DIVIDENDES FICTIFS OU PERSONNES RESPONSABLES DE CES DISTRIBUTIONS.

§ 1er. — *Loi du 17 juillet 1856.*

La loi de 1856 sur les commandites par actions, inaugure, pour les distributeurs de dividendes fictifs ou les personnes responsables de ces distributions, un nouveau système de responsabilité.

En faisant de la création des Conseils de surveillance une obligation légale, elle les instituait ainsi officiellement, aussi bien dans l'intérêt des tiers créanciers, que des associés ; par conséquent, elle

les rendait directement responsables vis-à-vis des uns comme des autres. De plus elle faisait éventuellement les membres de ces Conseils, solidaires avec le gérant.

Mais en même temps, comme pour calmer l'émotion, que de telles mesures n'allaient pas manquer de provoquer, elle réduisait considérablement cette responsabilité. Nous verrons même que d'après la première interprétation qu'on fit des dispositions légales, cette responsabilité était en fait presque supprimée.

« ..... La composition (1) des Conseils de surveillance, dans lesquels on entre soit par faiblesse, soit par calcul, souvent avec de mauvais desseins, presque toujours dans la pensée qu'aucune responsabilité, n'est attachée aux fonctions qu'on accepte ; enfin, les distributions de dividendes fictifs, pris sur le capital social, tantôt à l'insu des Conseils de surveillance, tantôt de connivence avec eux, telles sont les manœuvres le plus fréquemment employées, pour tromper le plublic. C'est là ce qu'il faut défendre, empêcher ou punir. »

Tel était donc le but du législateur de 1856.

Au sein du Corps législatif, les dispositions du projet de loi qui nous occupent rencontrèrent une opposition énergique (2). On prétendit que les membres des Conseils de surveillance allaient être placés dans l'alternative de se voir déclarés responsables *in infinitum* des dettes sociales pour immixtion dans la gestion de la Société, ou actionnés, en responsabilité,

(1) Exposé des motifs de la loi de 1856. (*Moniteur* du 1er juin 1856.)

(2) Séance du 30 juin 1856. (*Moniteur* du 2 juill. 1856.)

pour défaut de surveillance. Que de telles mesures, allaient inmanquablement éloigner de ces fonctions tous les hommes sérieux et intelligents, pour ne laisser la place qu'à ceux qui n'ayant rien à perdre, n'apporteraient aucun scrupule dans l'exécution de leur mandat.

Malgré ces oppositions, la disposition fut votée.

Ces protestations contre la loi de 1856 étaient en partie fondées ; tout au moins, le parurent-elles au début.

Nous lisons en effet dans l'exposé des motifs de la loi de 1867 (1) :

« La loi, d'abord accueillie avec reconnaissance par l'opinion publique, devint peu de temps après sa promulgation, l'objet de nombreuses critiques.

« On soutint que les formalités qu'elle imposait à la constitution des Sociétés la rendaient si non impossible, du moins très difficile ; que l'acceptation des fonctions de membre des Conseils de surveillance créait une situation pleine de périls, et conduisait presque fatalement sur les bancs de la correctionnelle. »

Le nombre des Sociétés diminua sensiblement.

Il est certain que la loi de 1856 devait provoquer quelques troubles au premier abord, parmi les Conseils de surveillance.

Jusque-là, nous l'avons vu, ces conseils étaient créés dans l'intérêt des associés et par eux, *ad libitum*, comme une sorte de garantie de la bonne gestion de la Société.

(1) *Moniteur* du 6 avril, 1865, p. 382,

Par suite, mandataires exclusifs des associés, c'était à eux seuls que les membres des Conseils de surveillance devaient rendre compte; souvent, même, ils étaient en fait affranchis par leurs mandants de toute responsabilité.

Se voir tout à coup érigés en mandataires légaux des tiers et des associés, responsables par conséquent vis-à-vis des uns et des autres, était de nature à effrayer légitimement les intéressés.

On ne songea pas d'abord à remarquer que la loi retirait d'un côté, pour ainsi dire, ce qu'elle donnait de l'autre, en réduisant au strict minimum cette responsabilité dont elle créait le principe. On n'envisagea que ce principe.

L'interprétation des dispositions légales amena dans la doctrine et dans la jurisprudence un certain flottement au début.

Que signifiaient ces mots : « en connaissance de cause » ? quelle portée fallait-il leur donner ? Les travaux parlementaires, et, notamment, le rapport de la Commission, n'étaient pas faits pour indiquer une solution indiscutable : « La loi ne punit pas, disait M. Langlois (de la Sarthe) dans son rapport, la simple ignorance, la simple négligence, c'est la science, c'est la mauvaise intention, c'est le dol. »

On soutint que la responsabilité n'était appliquée qu'à la fraude; que, seul, le dol pouvait rendre responsables les membres du Conseil de surveillance ou une collusion formelle avec le gérant; il fut soutenu, et nous le verrons tout à l'heure avec raison, que quelle que fût l'incurie des membres du Conseil

de surveillance, quelles que fussent les fautes commises par eux, du moment *qu'ils avaient ignoré*, l'article 10 de la loi n'était pas applicable.

« Quelles que soient les fautes qui puissent leur être reprochées, dit M. Dalloz (1), et, alors même que par une coupable incurie ils auraient négligé les moyens de vérification, qui étaient, à leur portée, *du moment qu'ils n'ont pas connu* ..... la non-existence de bénéfices, l'article 10 ne peut leur être appliqué. »

La jurisprudence était en majorité en ce sens; nous lisons, notamment, dans un arrêt de la Cour de Bordeaux du 22 mai 1860 confirmé par la Cour de Cassation le 9 juillet 1861 (2) :

« Attendu..... que la responsabilité véritable édictée par le législateur n'est attachée par lui qu'à des consentements ou à des participations à ces deux sortes d'actes, effectués sciemment ou en connaissance de cause, expression indiquant clairement *une connivence, une complicité intentionnelle et coupable*..... »

D'autre part, l'exposé des motifs de la loi de 1867 s'exprime ainsi (3) :

« Cette loi (la loi de 1856) part de l'idée que les

(1) Note D. 65, 2, 193.

(2) D. 61, 1, 414. Voyez en ce sens, Paris, 15 juillet 1862. (D., 64, 1, 156.) — Aix, 27 mai 1861. (D. 62, 1, 525). — Bordeaux, 29 mai 1860. (D. 61, 1, 414.) — Cass., Rejet 21 déc. 1863. (D. 64, 1, 156.)

(3) *Moniteur* de 1865, p. 382.

membres du Conseil de surveillance sont des mandataires, et elle les soumet à la responsabilité que le droit commun impose à tous ceux qui sont revêtus de cette qualité.

« Elle fait l'application de la règle à quelques cas particuliers, et, loin d'en exagérer la sévérité, elle en atténue les conséquences.

« Ainsi, d'après le principe écrit dans l'article 1992 du Code Napoléon, qui déclare que le mandataire répond des fautes qu'il commet dans sa gestion, rigoureusement, on aurait dû décider que lorsqu'un membre du Conseil de surveillance a par négligence, seulement par négligence, laissé commettre dans les inventaires des inexactitudes graves, préjudiciables à la Société, ou consenti à la distribution de dividendes non réellement acquis, il s'est compromis, car il y a une faute, une faute véritable à lui reprocher. Eh bien, l'article 10 déclare que, pour engager sa responsabilité, il faut que ce soit sciemment en connaissance de cause qu'il ait *laissé commettre* les inexactitudes ou consenti à la distribution des dividendes. »

Les rédacteurs de l'exposé des motifs de la loi de 1867 semblent, on le voit dans les lignes qui précèdent, admettre eux aussi que la mauvaise foi et la connivence dolosive étaient nécessaires pour l'application de l'article 10 de la loi de 1856.

Nous pensons que là n'était pas la vraie interprétation de l'article 10. La question d'intention ne se posait nullement ; la solution dépendait uniquement d'une pure question de fait. Les membres du Conseil

de surveillance avaient-ils su que les dividendes distribués étaient fictifs ? Si oui, leur responsabilité était engagée, si non, ils étaient hors de cause.

Mais, dira-t-on, comment pouvaient-ils *de bonne foi*, sachant que les dividendes étaient fictifs, les laisser distribuer ? Ce cas devait être rare, en effet, mais il pouvait se produire ; il suffisait, par exemple, que les membres du Conseil de surveillance, en interprétant une clause des statuts prescrivant le paiement de l'intérêt de leur mise aux actionnaires, aient pu penser que cette clause était étendue même au cas d'absence de bénéfices et aient laissé ainsi, *de bonne foi*, distribuer ces intérêts en tout état de cause (1). Leur responsabilité aurait été alors engagée, car on se serait trouvé en présence de dividendes fictifs qu'ils auraient laissé *sciemment* distribuer (V. *supra*, p. 49 et suiv.).

La jurisprudence de la Cour de Cassation, à l'encontre de celle des Cours d'appel, semblait résolument admettre notre interprétation.

« Attendu, dit un arrêt du 15 janvier 1862 (2), que l'article 10 ne fait pas dépendre la responsabilité du Conseil de surveillance, *au cas énoncé de la fraude ou de la mauvaise foi* avec laquelle le Conseil aurait agi..... »

(1) Voyez Orléans, 2 déc. 1860. (D. 1860, 2, 1.) — Cassation, 15 janv. 1862. (D. 1862, 1, 128.)

(2) Cass., arrêt précité du 15 janv. 1862. Voir note 2 avril 1859. (D. 1859, 1, 137.) — Cass., 18 août 1868. (Pal. 1869, 1, 154. — Angers, 11 janv. 1867. (D. 67, 2, 19.)

Nous le répétons, nous croyons que c'était là la saine interprétation.

Nous ne nous dissimulons pas que d'étranges solutions étaient ainsi sanctionnées : que des Conseils de surveillance, coupables d'incurie, de mauvaise volonté manifeste, devaient échapper à toute responsabilité, alors que d'autres, au contraire, ayant consciencieusement rempli leur mandat, pouvaient même de très bonne foi, assumer de lourdes responsabilités ; mais les termes de la loi étaient formels et non équivoques. S'il est permis de discuter les inconséquences et les contradictions d'une loi, tout en les regrettant, il n'appartient pas à l'interprète d'en fausser l'application.

Au fond, et en résumé, ce qu'il y a de grave dans la loi de 1856, c'est la création par elle du principe de la responsabilité légale des Conseils de surveillance ; c'est là seulement ce qu'il faut en retenir (1).

Ce principe a été maintenu par la législation actuelle (loi du 24 juillet 1867), nous verrons tout à l'heure dans quelles conditions ; les difficultés qui naissent de son application seront examinées quand nous en arriverons au commentaire de la loi de 1867.

(1) Il est en dehors de notre sujet d'aborder ici la question très discutée de savoir si les dispositions de l'art. 10 étaient la règle pour la responsabilité générale des Conseils de surveillance ou une exception réduite au cas particulier de distributions de dividendes fictifs. Cette discussion se rattache à l'étude du rôle et des obligations générales des Conseils de surveillance. Voyez, sur ce point, Vavasseur, n. 683 et s. Pont, n. 1529 et s. Cass. Req., 12 avril 1864. (D. 1864, 1. 377.)

§ 2. — *Loi du 23 Mai 1863.*

La loi du 23 mai 1863 sur les sociétés à responsabilité limitée, c'est-à-dire sur les sociétés anonymes, dont le capital ne dépassait pas 20 millions (article 3), suivit la loi de 1856 dans la voie qu'elle avait tracée ; elle étendait expressément aux administrateurs les responsabilités des Conseils de surveillance, mais elle ne les réduisait pas, comme l'avait fait la loi précédente.

Le projet de loi (article 25), était ainsi conçu :

« Les administrateurs, qui distribuent ou laissent distribuer, sans opposition, des dividendes qui ne sont pas réellement acquis, sont tenus solidairement *d'en rétablir le montant dans la caisse de la société*, sans préjudice de plus amples dommages-intérêts s'il y a lieu, envers les tiers ou les associés. »

Cette disposition trouva une opposition très énergique au sein de la commission du Corps législatif. On se rappelait les troubles qu'avait amenés la loi de 1856 dans la composition des Conseils de surveillance et même dans l'existence des sociétés en commandite par actions, et on craignait de les renouveler pour les Conseils d'administration et les sociétés anonymes.

« Nous avions dans notre contre-projet (1), purement et simplement supprimé cet article 25.

(1) Rapport de M. Du Miral, au nom de la commission. (*Moniteur universel* de 1863. Annexe O. P. LVII.

« Nous considérions, d'un côté, que le droit commun suffisait pour atteindre la faute particulière dont il s'agit, et nous appréhendions que l'énonciation spéciale de cette responsabilité, ne fût de nature, en maintenant les inquiétudes créées par la loi de 1856, à éloigner des actionnaires honorables du rôle d'administrateurs dans les sociétés nouvelles.

« Nous pensions, d'un autre côté, que l'obligation de réintégration dans la caisse sociale des dividendes versés, pourrait parfois constituer sans intérêt aucun un irréparable préjudice pour les administrateurs et créer un injuste avantage pour des actionnaires qui auraient souvent provoqué, ou au moins approuvé la distribution et en auraient toujours profité.

« Le Conseil d'Etat a donné satisfaction à cette dernière partie de nos observations, par la rédaction contenue au projet définitif, à laquelle nous avons fini par adhérer.

« Cette rédaction est ainsi conçue :

« Ils (les administrateurs), sont tenus solidairement du préjudice qu'ils peuvent avoir causé soit aux tiers soit aux associés, en distribuant ou en laissant distribuer, sans opposition, des dividendes qui, d'après l'état de la société constaté par les inventaires, n'étaient pas réellement acquis. »

Au fond, les dispositions de la loi de 1863 étaient la consécration pure et simple du droit commun ; elles étaient, en d'autres termes, la constatation de l'application des règles du droit commun à un cas particulier.

La raison qui les avait fait admettre était que l'on

aurait pu croire applicables aux administrateurs les réserves édictées par la loi de 1856 au sujet des membres de Conseil de surveillance ; or, une pareille chose eût été encore moins justifiable pour les Conseils d'administration que pour les Conseils de surveillance, car les premiers sont des organes de gestion tandis que les seconds ne sont que des organes de contrôle. Nous ne pouvons mieux faire que reproduire le passage du rapport de la Commission concernant cette question.

« Indiquons maintenant les motifs qui nous ont décidés à consentir au maintien de la disposion ainsi précisée :

« Le principal, c'est qu'elle n'est, dans la réalité, qu'une répétition, une reproduction explicite pour cette faute spéciale de la distribution de dividendes non acquis, de la disposition générale du paragraphe premier du même article qui déclare le droit commun applicable aux fautes commises par les administrateurs de la nouvelle société...

« ... Nous avions dû nous demander si la simple faute en matière de dividende ne pourrait pas être innocentée et s'il ne conviendrait pas de n'atteindre que les distributions frauduleuses ou celles faites en connaissance de cause. Quelques-uns de nous avaient même fait remarquer dans le sens de cette dernière opinion, que l'article 10 de la loi du 17 juillet 1856 sur les commandites n'établit la responsabilité des membres des Conseils de surveillance que lorsqu'ils ont consenti à la distribution en connaissance de cause. Mais la réflexion fait comprendre qu'on ne saurait

assimiler à des administrateurs, qui dressent eux-mêmes les inventaires, qui doivent en posséder tous les éléments, de simples surveillants étrangers à l'administration et réduits à voir ce qu'on leur montre.

« L'idée de supprimer la responsabilité des administrateurs pour cette faute particulière, pour cette faute exceptionnellement grave et dangereuse de la distribution des dividendes (même en dehors des cas de fraude), n'a pas semblé à la majorité de votre Commission, résister à un examen attentif. Il faudrait évidemment si elle était admise, l'étendre à toutes les autres fautes (1). »

La loi de 1867 ayant accepté le même principe presque dans les mêmes termes, nous exposerons les différentes questions soulevées au sujet de son application, quand nous en serons au commentaire de cette loi.

SECTION II

BÉNÉFICIAIRES DES DISTRIBUTIONS DE DIVIDENDES FICTIFS. — SITUATION RESPECTIVE DES ASSOCIÉS ET DES TIERS.

La situation respective des associés et des tiers, à la suite de distributions de dividendes fictifs, restait

(1) Rapport de M. Du Miral. (*Moniteur universel* de 1863. Annexe O. P. LVII.)

absolument la même pendant cette seconde période que pendant la précédente.

En effet, ni la loi de 1856, ni celle de 1863 ne s'en étaient préoccupées.

Pour les raisons exposées plus haut, les associés étaient donc soumis au rapport des dividendes fictifs qu'ils avaient perçus. (V. *Supra* p. 78 et suiv.).

Cette obligation existait vis-à-vis des tiers créanciers sociaux et vis-à-vis de la Société.

Quelle était la nature de l'action qui appartenait aux uns et aux autres? D'après quelques auteurs, elle était une répétition de l'indû (1). (Art. 1376 du Code civil.) Il s'ensuivait, que la seule prescription que pussent invoquer les associés soumis à rapport, était la prescription trentenaire, et que l'action étant civile le tribunal civil était seul compétent (2), en cas d'action des tiers.

On a cependant soutenu, à propos de cette question de compétence, que l'action en répétition de l'indû, étant exercée par les créanciers, en leur nom personnel comme « un droit propre » en vertu de l'article 1167 du Code civil, devait être portée par eux devant la juridiction consulaire (3). Une autre conséquence de l'origine ainsi attribuée à l'action en répétition des dividendes fictifs, devait être qu'en cas de mauvaise foi des actionnaires, les intérêts couraient depuis le jour de la distribution des dividendes (Art.

(1) Pont, n. 1485. — Vavasseur, n. 645.

(2) Lyon-Caen et Renault, n. 892. — Houpin, n. 735.

(3) Vavasseur, n. 645.

1378 du Code civil), ce qui ne semblait pas admis par les partisans de cette théorie (1).

Nous pensons que notre action était plutôt une action en complément, en recomblement de la mise *indûment restituée*. Elle dérivait de l'obligation de verser la mise, de même que l'obligation de garantie contre l'éviction n'est au fond qu'une transformation de l'obligation de livrer la chose vendue (2).

Les conséquences étaient les suivantes : le tribunal de commerce se trouvait compétent, puisque l'obligation de verser la mise, du moins d'après l'opinion générale de la doctrine et de la jurisprudence (3), est commerciale De plus, les créanciers sociaux avaient une action directe, l'engagement de verser leur mise étant prise par les associés vis-à-vis d'eux (4). Les intérêts moratoires devaient courir, selon nous, du jour de la distribution des dividendes en vertu de l'article 1846 du Code Civil, aux termes duquel « l'associé, qui devait apporter une somme dans la société et qui ne l'a point fait, devient de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts de cette somme, du jour où elle

(1) Vavasseur, n. 645.

(2) Lyon-Caen et Renault. 892. — Beudant, note Dalloz, 67, 1, 195.

(3) Lyon-Caen et Renault, n. 470 à 472, 686 *bis*. — Molinier, n. 491-566. — Bédarride, n. 241. — Vavasseur, n. 331. — *Contrà* Pont, n. 1424. — Rej. 15 juillet 1863. (D. 63, 1, 347.) — Grenoble, 25 février 1857. (D. 59, 2, 15.) — Bourges, 26 décembre 1870. (D. 72, 2, 222.)

(4) Lyon-Caen et Renault, n. 173.

devait être payée (1) ». Tel n'est pas l'avis cependant de MM. Lyon-Caen et Renault, qui décident, au contraire, que l'article 1153 du Code Civil est seul applicable, c'est-à-dire que les intérêts ne courent que du jour de la demande (2).

Quant à la question de prescription, la majorité des auteurs admet la prescription trentenaire. On a prétendu sur ce point que l'article 2277 du Code Civil, c'est-à-dire la prescription de cinq ans, était applicable, mais cette opinion n'est guère soutenable, car cet article suppose des sommes payables à des époques périodiques ; il pourrait bien à la rigueur être invoqué par les sociétés vis-à-vis des associés, en raison des dividendes dus par elles, car les dividendes ont ce caractère ; mais non par les associés soumis à restitution des dividendes fictifs, car cette restitution ne possède en aucune façon un caractère de périodicité.

L'action en répétition, avons-nous dit, appartenait aux créanciers et aux associés. Les créanciers n'avaient aucun droit ni aucun intérêt en principe à l'exercer pendant que la société était *in bonis* ; comment auraient-ils d'ailleurs prouvé que les distributions de dividendes fictifs leur avaient causé un préjudice (3). On ne voit pas non plus l'intérêt qu'auraient eu, dans ce cas, les actionnaires. « Tant que la société est *in bonis*, disait-on, lors de la discus-

(1) Pont, n. 1489.
(2) Lyon-Caen et Renault, n. 892.
(3) Pont, 1495.

sion de la loi 1867 au Corps législatif (Rapport de la commission), tant que son actif suffit pour désintéresser ses créanciers, nulle difficulté ne peut s'élever à ce sujet. Les actionnaires peuvent avoir à exercer des actions en responsabilité contre les gérants et les membres du Conseil de surveillance, qui par des distributions illégales d'intérêts ou de dividendes, ont appauvri la société, compromis son crédit, tué son avenir, mais il ne peut être question de restitution. Qu'importe, en effet, quand il s'agit des actionnaires entre eux, que ces distributions aient été prises sur le capital et non sur les bénéfices réels ! Tous y ont participé au prorata de leurs mises et ce qu'ils ont reçu était à eux. »

Il est des cas cependant où cet intérêt pouvait apparaître ; celui par exemple où de nouveaux associés seraient venus s'adjoindre à la société postérieurement à des distributions de dividendes fictifs, éventualité qui était de nature à se produire, surtout dans les sociétés par actions, dont les associés se renouvellent, pour ainsi dire, à chaque instant par suite de la transmission indéfinie des actions. Il est certain que les nouveaux venus avaient le droit de demander la reconstitution du capital social diminué au profit de leurs co-associés, ils devaient être admis à exercer l'action au nom de la société, même au cours de son existence. (Voir, *infrà*, p. 135 et suiv.).

Quant aux tiers, comme c'était généralement au moment de la faillite ou de la liquidation de la société qu'ils avaient à agir, leur action devait être exercée

dans ce cas par le liquidateur au nom de la masse (1).

La jurisprudence était fixée dans notre sens ; la restitution des dividendes fictifs était ordonnée même contre les associés de bonne foi. Nous lisons dans un arrêt de Caen du 16 août 1864 (2) :

« Considérant..... que les dividendes ne peuvent être pour les actionnaires qu'une part dans les bénéfices de l'association, et que si les distributions de dividendes sont faites, alors qu'il n'existe pas de bénéfices, elles ne sont en réalité qu'un remboursement partiel de la mise sociale, remboursement qui serait la violation des conditions essentielles et de la foi sur laquelle les tiers ont traité ; que ce n'est donc que par erreur et au mépris des dispositions de la loi que des distributions de dividendes seraient faites aux actionnaires s'il n'y a pas de bénéfices et, dans ce cas, ils doivent les restituer comme chose ne leur appartenant pas ; — Qu'inutilement les actionnaires invoqueraient leur bonne foi, parce que la bonne foi ne peut les autoriser à retenir ce qui n'a été

(1) Il n'était pas évidemment, en principe, nécessaire que la société fut déclarée en faillite ou en liquidation ; il suffisait que les tiers puissent justifier d'un intérêt à intenter l'action en répétition ; et cet intérêt existait toutes les fois que la Société se trouvant en période de crise, sans pour cela être déclarée en faillite, leurs créances étaient compromises. Dans ce cas, ils avaient une action individuelle. Caen, 16 août 1864. (D. 65, 2, 192.)

(2) D. 65, 2, 192. — Rej. 25 novembre 1861. (S. 62, 1, 189.) — Rej. 3 mars 1863. (D. 63, 1, 125.) — Req. 15 novembre 1869. (D. 71, 1, 311) — Angers, 18 janvier 1865. (*J. Pal.* 65. p. 857.) — Bourges, 21 août 1871. (D. 73, 2, 34.)

distribué que par erreur; que d'ailleurs l'actionnaire en restituant le dividende auquel il n'avait aucun droit, ne fait que restituer sa mise sociale dont partie lui avait été remise par la distribution de dividendes pris sur le capital social..... »

Cependant, au milieu de cet accord, la Cour d'Aix se montra tout à coup dissidente par un arrêt du 22 juillet 1862.

« Attendu notamment, disait-elle, que l'actionnaire reçoit comme les fruits de sa mise de fonds, et fait siens, par sa bonne foi, les dividendes distribués...; que des bénéfices annuels ne peuvent être constatés et fixés que par des inventaires; qu'à raison de l'imperfection inhérente à ce mode de constatation, les bénéfices distribués seraient rarement acquis d'une manière définitive, à l'actionnaire, en cas de faillite ultérieure de la société, si l'on pouvait, à son égard, discuter l'exactitude des inventaires; que si une perte est causée par la fraude dans les inventaires ou par l'incurie, la loi a voulu qu'elle fût réputée le fait du gérant, et que le Conseil de surveillance en répondît avec lui suivant les circonstances..... »

De nouveau, le 3 août 1869, elle jugea dans le même sens par adoption des motifs d'un jugement du tribunal de commerce de Marseille du 25 janvier 1869; dans l'intervalle, la Cour d'Alger l'avait suivie dans cette voie (1).

(1) Aix, 22 juillet 1862. (D. 62, 2, 148.) — Alger, 24 mars 1867. (D. 67, 2, 231.) — Tribunal de Commerce de Marseille, 25 janvier 1869. — Aix, 3 août 1869. (D. 71, 2, 76.)

Ces arrêts furent invoqués dans la discussion de la loi de 1867 lorsqu'on soutint, au nom de la commission, l'amendement ajouté à l'article 10, soustrayant les associés de bonne foi au rapport des dividendes fictifs. On peut même dire qu'ils furent une indication pour le législateur.

Quant à la question de compétence, la majorité des Cours d'appel acceptent la compétence de la juridiction consulaire (1), mais il y a opposition formelle entre la Chambre des requêtes et la Chambre civile de la Cour de Cassation La Chambre des requêtes juge dans le sens des Cours d'appel (2) la Chambre civile, au contraire, décide que le tribunal civil est compétent ; c'est ce que l'on pourrait déduire d'un arrêt du 8 mai 1867 (3) où statuant, sinon au point de vue de la compétence, au moins par rapport à la contrainte par corps, elle rejette le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Angers qui avait refusé d'admettre cette voie d'exécution contre les commanditaires poursuivis en restitution de dividendes fictifs : « Attendu, dit-elle, que si l'on doit considérer comme une dette commerciale, donnant lieu à la contrainte par corps, l'engagement pris par le commanditaire de verser le montant de sa souscription dans une société commerciale, on ne saurait attribuer le

(1) Caen, 16 août 1864. (S. 65, 2, 33.) — Pau, 18 décembre 1865. (S. 66, 2, 178.)

(2) Req. 3 mai 1863. (D. 63, 1, 725.)

(3) Angers. 18 janvier 1865. (D. 65, 2, 67.) — Rej. 8 mai 1867. (D. 67, 1, 193.)

même caractère et les mêmes effets légaux à l'obligation du commanditaire qui, ayant versé intégralement sa mise, a reçu en l'absence de bénéfices sociaux des dividendes qu'il croyait lui être légitimement acquis ; que si de l'indue perception de ces bénéfices naît pour le commanditaire l'engagement de les restituer, cet engagement n'a rien de commun avec l'obligation primitive du même commanditaire, laquelle a été définitivement éteinte par le versement de sa mise ; que ce nouvel engagement à la différence du premier, n'a pas lieu en vue de créer une société commerciale, de fonder son crédit et de prendre part aux bénéfices qu'elle pourra donner ; qu'il résulte uniquement d'un fait involontaire d'indue réception de payement, qui, de la part d'un non commerçant, ne peut revêtir le caractère d'un acte de commerce ou de dette commerciale et constitue une obligation naturelle... »

CHAPITRE III

Troisième Période : Loi du 24 juillet 1867.

SECTION PREMIÈRE

DES DISTRIBUTEURS DE DIVIDENDES FICTIFS ET DES PERSONNES RESPONSABLES DE CES DISTRIBUTIONS. — SANCTION DE CES DIVERSES RESPONSABILITÉS.

La loi du 24 juillet 1867 a unifié la législation en matière de sociétés par actions; elle a réalisé, sur ce point, ce qui, depuis longtemps, mais en vain, est demandé au législateur, pour les sociétés commerciales en général, un texte unique au lieu de dispositions éparses dans des lois différentes, souvent peu concordantes sinon contradictoires (1).

(1) Nous n'examinons pas ici si la loi de 1867 a complètement atteint son but et si elle est exempte d'inconséquences ou même de contradictions (en fait, elles sont nombreuses et, sur ce point, nous faisons nos plus expresses réserves.) Nous nous bornons à constater le progrès accompli, et nous espérons qu'une loi prochaine étendra cette mesure à toutes les sociétés commerciales.

En ce qui concerne l'objet de notre étude, la loi de 1867, adoptant les principes admis par les lois de 1856 et 1863, crée dans les sociétés par actions, deux organes dont le rôle est différent Un organe de gestion, gérant pour les commandites par actions, Conseil d'administraton pour les sociétés anonymes (art. 22) ; et un organe de contrôle, Conseil de surveillance pour les premières (art. 5) et commissaires de surveillance pour les secondes (art. 32).

Les personnes chargées de gérer la société et celles chargées de surveiller ou de contrôler la gestion sont, à différents titres, responsables, par suite de leurs fonctions, des distributions de dividendes fictifs, les unes pour les avoir effectuées, les autres pour les avoir tolérées.

Nous allons étudier ces diverses responsabilités.

Nous examinerons ensuite les conditions d'exercice de l'action qui les sanctionne.

§ 1er. — *Responsabilité des personnes qui ont effectué et de celles qui ont toléré les distributions des dividendes fictifs.*

A). **Personnes chargées de la gestion de la société.**

I. — Sanctions civiles.

Administrateurs. — La loi de 1867 a purement et simplement reproduit au fond, quoique en modifiant

ses termes, les dispositions de la loi de 1863. L'exposé des motifs disait : « L'article 40 du projet (art. 44 de la loi) qui détermine les droits et les devoirs des administrateurs, est rédigé à peu près de la même manière que l'article 27 de la loi du 23 mai 1863. Cela devait être car dans l'un et l'autre se trouve la même pensée. C'est le même but que l'on s'est proposé, la rédaction du projet n'a été préférée que parce qu'elle a paru exprimer plus clairement la volonté de subordonner la solution de toutes les questions que pourra faire naître la responsabilité des administateurs, à l'influence des principes généraux sans y rien ajouter, sans en rien retrancher (1). »

Et M. Mathieu, rapporteur de la Commission, s'exprimait ainsi : « Les articles 43 et 44 déterminent le caractère, l'étendue et les limites de la responsabilité envers les tiers. A part une modification qui ne touche en rien au fond des choses, ils sont la reproduction des articles 26 et 27 de la loi de 1863, et n'ont été, au sein de la Commission, l'objet d'aucune critique. »

La responsabilité des administrateurs a donc pour base le droit commun ; et l'article 44 de la loi de 1867 ne fait que constater expressément un cas d'application du droit commun.

Cette responsabilité a, par conséquent, un double caractère, elle est contractuelle vis-à-vis de la société (art. 1992 du C. civ.), elle dérive du contrat de mandat, intervenu entre cette dernière et les administrateurs. Au contraire, à l'égard des tiers, elle est délic-

(1) *Moniteur* du 6 avril 1865.

tuelle, elle a sa source dans le principe posé par les articles 1382 et 1383 du Code civil.

Elle peut aussi être délictuelle vis-à-vis de certains actionnaires, ceux qui auraient acheté des actions sur la foi d'une hausse factice, créée par des distributions de dividendes fictifs, et subiraient ainsi une perte sur le prix d'achat par suite de la baisse inévitable.

Les tiers auraient incontestablement aussi l'action oblique de l'article 1166 du Code civil ; mais ainsi que nous le verrons plus loin (*Infra*, p. 135 et suiv.), la société peut transiger avec les administrateurs, approuver leurs comptes, mesures qui font disparaître l'action en responsabilité de la société, par suite enlèvent ce recours aux tiers.

Les mêmes règles sont applicables en principe, ainsi que nous le verrons tout à l'heure, aux administrateurs et aux Conseils de surveillance; mais il faut tenir compte, dans leur application, de ce fait, que les premiers sont des gérants, par conséquent appelés à une responsabilité très étendue, tandis que les seconds sont simplement des surveillants, à qui il est même interdit de s'immiscer dans la gestion, en sorte que leur responsabilité doit être nécessairement moins grande (1).

La gratuité du mandat sera une cause d'atténuation (art. 1992 du C. civ.); un traitement élevé, au contraire, une cause d'aggravation de la responsabi-

(1) Vavasseur, n. 852. — Colmar, 3 juillet 1867 et Civ. Rej., 3 janvier 1869. (D. 67, 2, 235. D. 70, 1, 67.)

lité; surtout s'il était établi que ce traitement a incité les administrateurs à manquer à leurs devoirs; par exemple, à faire croire, par des distributions de dividendes fictifs, à une prospérité factice, de nature à augmenter la durée de la société, et à leur permettre ainsi, soit de toucher plus longtemps leur traitement, soit s'ils sont intéressés dans les bénéfices sociaux, de faire leur part plus grande.

La solidarité n'est en principe pas admise, la loi le dit expressément. Cependant, comme le Conseil d'administration gère généralement en bloc et ses décisions lient tous les membres, la responsabilité individuelle peut paraître difficilement applicable. C'est pour cela que les administrateurs agiront prudemment en faisant constater leur opposition même par huissier s'il y a lieu. Une simple opposition pourtant, dans le sein du conseil, ne suffirait pas en cas de fraude, les administrateurs devraient dénoncer les faits de nature à nuire à la société, soit à l'assemblée générale, soit par toute autre voie, sous peine de voir interpréter leur silence comme une complicité.

Si les actes imputés aux administrateurs étaient indivisibles par suite de l'impossibilité d'établir le degré de participation de chacun d'entre eux, la solidarité devait être prononcée (1).

Il est, d'ailleurs, une sorte de solidarité qui existe, dans tous les cas, pour les administrateurs, c'est celle qui résulte du cautionnement qu'ils sont

(1) Tribunal de Commerce de la Seine, 22 décembre 1890. (*Rev. des Soc.*, 1891, p. 276.) — Paris, 18 juillet 1895. (D. 96, 2, 791.)

obligés de fournir en déposant dans la caisse sociale un certain nombre d'actions fixé par les statuts (art. 26, al. 2). C'est une solidarité spéciale, une solidarité réelle, peut-on dire, toutes ces actions répondant des actes, même personnels à l'un des administrateurs. Bien entendu, ceux qui n'auraient pas participé aux faits ayant motivé une condamnation à des dommages, auraient un recours contre les autres. Cette solidarité a été très justement critiquée, car les administrateurs ne se choisissent pas entre eux, et il est injuste, en principe, de rendre quelqu'un responsable du fait d'un étranger (1).

Il va de soi que si quelques-uns des administrateurs étaient pour cause de maladie par exemple, restés complètement étrangers aux décisions du Conseil, ils ne pourraient être déclarés responsables en dehors de la responsabilité réelle dont nous venons de parler ; il en serait de même en cas d'absence pour le service de la société ou toute autre cause légitime (2).

Les administrateurs ne répondent que de leurs propres agissements. Il a été jugé qu'ils ne pourraient être déclarés responsables d'une distribution de dividendes fictifs opérée par eux d'après un bilan dressé par leurs prédécesseurs, s'il était démontré que seul un contrôle rétro-actif de la gestion précédente,

(1) Lyon-Caen et Renault, n. 826.

(2) Lyon-Caen et Renault, n. 825. — Vavasseur, 857 ; Tribunal civil de la Seine, 8 janvier 1886. *Rev. des Soc.*, 1886, p. 166 ; Lyon, 17 août 1865 ; (D., 66, 2, 194.)

eût pu leur révéler l'exagération des bénéfices (1).

La responsabilité des administrateurs vis-à-vis de la Société, c'est-à-dire comme mandataires, est plus grave que celles qu'ils sont susceptibles d'encourir vis-à-vis des tiers. La jurisprudence a fait souvent l'application de ce principe, mais elle a quelquefois oublié que l'article 1383 sanctionne la négligence ou même l'imprudence. C'est ce qu'a fait la Cour de Paris dans l'affaire célèbre de la *Compagnie immobilière* (2). Certaines personnes étaient devenues actionnaires de cette compagnie, sur la foi des résultats apparents des opérations sociales, résultats faussés par des distributions de dividendes fictifs. Ces actionnaires avaient en principe deux moyens d'agir contre les administrateurs, d'abord comme associés, puisque la jurisprudence accorde à chaque actionnaire l'exercice de l'action sociale (v. *Infra*, p. 135 et suiv.), dans ce cas c'était l'action de mandat qu'ils avaient à exercer; ensuite, comme tiers lésés par la perte subie sur le prix des actions, c'était l'action des articles 1382 et 1383. Or, une transaction était intervenue entre la compagnie et les administrateurs, qui enlevait à la première et par suite à tout actionnaire (v. *Infra*, p. 135 et suiv.) l'action sociale. Il ne restait donc aux actionnaires lésés que l'action des articles 1382 et 1383. La Cour faisant application du principe posé plus haut que la responsabilité dérivant du

(1) Tribunal de commerce de la Seine, 20 mai 1889, *Revue des Soc.*, 1889, p. 461.

(2) 27 avril 1870, D., 70, 2, 121.

mandat est plus étendue que celle dérivant des articles 1382 et 1383, ne retint que trois administrateurs dont la faute était plus grave et renvoya les autres indemnes de tout dommage, mais en laissant entendre que s'il se fût agi de l'action de mandat, ces derniers eussent été retenus, leurs fautes trop légères pour tomber sous l'application des articles 1382 et 1383, étant suffisamment graves pour permettre l'application de l'article 1992.

« Attendu, dit la Cour, que les demandeurs sont à diviser en deux catégories suivant que, comme associés, ils imputent aux administrateurs des fautes d'exécution de mandat, ou qu'ils agissent comme tiers, ayant été induits par la faute de Pereire et consorts à devenir actionnaires . . . . . qu'il ne s'agit pas de régler la responsabilité naissant d'un mandat, cas dans lequel le mandataire peut avoir à répondre vis-à-vis du mandant de ses fautes, même de négligence et de simple omission ; qu'il s'agit de régler la responsabilité prescrite vis-à-vis de tout citoyen par l'article 1382, et dérivant de fautes qui seraient la violation de devoirs généraux auxquels chacun doit conformer ses actes dans la vie civile. Que la faute, base de la responsabilité, suppose un fait positif, un acte accompli, qui ait été dommageable ; qu'en général elle ne peut consister dans une simple abstention d'agir, à moins que cette abstention, par la gravité d'un devoir quelconque violé, n'ait été la cause directe du mal.

« Que c'est d'après ce principe qu'il faut rechercher

s'il y a eu faute de la part de tous les administrateurs ou de quelques-uns seulement, dans les agissements reprochables qui ont trompé les acheteurs d'actions.

« Que d'après les statuts de la société (art. 29), un comité, dit d'exécution, composé de trois membres du conseil d'administration, devait être formé, et que, d'après l'article 30, ce comité était chargé, sous l'autorité du conseil, de la gestion des affaires sociales..... »

Et en fait, l'arrêt a constaté que bien qu'une délibération régulière n'eût pas été prise à ce sujet, les fonctions du comité chargé de la gestion avaient été constamment remplies par les trois administrateurs condamnés, vrais directeurs de l'entreprise ; que ces trois administrateurs auraient tout conduit, tout su, tout exposé et proposé en connaissance de cause ; et que sur eux pesait directement la responsabilité des rapports, des bilans, des dividendes, par lesquels ont été trompés les acheteurs d'actions.

« ..... Mais qu'il n'apparaît pas que les autres administrateurs, qui se sont tenus en dehors de la direction et même de la connaissance suivie des affaires sociales, aient participé aux conceptions artificieuses du bilan et aux déclarations fallacieuses de bénéfices qui ont été cause du dommage. Que ces autres administrateurs n'ont fait que suivre la foi de collègues en qui tout les invitait à placer une entière confiance.

« Que si leur défaut de surveillance et de contrôle, d'examen propre des affaires, pouvait les faire envelopper comme mandataires négligents dans la responsabilité du mandat encourue vis-à-vis de la so-

ciété, ces cas de simple inertie avec les circonstances de la cause qui les expliquent, n'ont pu constituer de leur part une faute au sens de l'article 1382 du Code civil *vis-à-vis de tiers acheteurs d'actions à qui ils ne devaient aucune diligence de conduite.* »

Nous ne saurions admettre la doctrine établie par ces derniers mots ; la loi consacre la responsabilité des administrateurs aussi bien vis-à-vis des tiers que de la société (art. 44), ainsi que le dit nettement un arrêt de Colmar (1).

Si équitablement une différence existe entre la responsabilité à l'égard des associés et celle à l'égard des tiers, il ne faut cependant pas, nous le répétons, méconnaître les termes de l'article 1383, qui parlent expressément de *négligence* et d'*imprudence*. Ici, il y avait plus qu'une imprudence des administrateurs, il y avait une négligence coupable.

Nous devons ajouter cependant, qu'en fait, les administrateurs condamnés étant d'une solvabilité suffisante pour répondre de tous les dommages, l'intérêt pratique de la condamnation de leurs collègues n'existait pas. C'est peut-être un des motifs pour lesquels la Cour les a exonérés, mais les principes demandaient leur condamnation, sauf s'il y avait eu

(1) 3 juillet 1867, D., 67, 2, 235. « Attendu... que l'organisation des sociétés anonymes a pour but, non seulement les intérêts des associés, mais aussi et plus particulièrement l'intérêt public et la protection des tiers . .. que les administrateurs, en acceptant leurs fonctions, assument l'obligation de gérer et surveiller dans l'intérêt des tiers comme dans celui de la société... ».

lieu leur recours contre les autres ; ainsi le même résultat eût été atteint et l'arrêt eût été inattaquable en droit.

M. l'avocat général, Duprè-Lassalle, avait conclu à la condamnation de tous les administrateurs dans les termes suivants :

« Quant aux autres administrateurs (en dehors du comité d'exécution), ils nous ont donné un triste spectacle lorsqu'ils sont venus à votre barre, l'un après l'autre, déclarer qu'ils n'avaient ni étudié les travaux de Marseille, ni examiné les traités, ni vérifié les comptes, ni contrôlé les dividendes, et me rappelant que l'on a souvent répété que la sévérité des tribunaux empêcherait les sociétés de trouver des administrateurs, je me disais qu'elles ne seraient pas si malheureuses d'être privées de ces conseils qui ne voient rien, qui ne savent rien, et couvrent de leur nom et de leur réputation, des actes blâmables qu'ils n'empêchent pas ; mais je crois qu'ils se calomnient pour se défendre. Si on leur reprochait un acte unique et isolé, j'admettrais qu'ils pussent exciper de leur absence ou de leur inattention pour en écarter la responsabilité ; mais il s'agit de faits nombreux, d'un système suivi constamment pendant plusieurs années, de la fixation des dividendes, des opérations les plus importantes pour le conseil, et en même temps les plus faciles à surveiller. Ils ne peuvent prétendre qu'ils ont tout ignoré en même temps, il ne saurait leur suffire d'invoquer leur négligence pour échapper à la solidarité de mesures qui n'ont pu être prises qu'avec leur participation. »

Malgré les termes très nets de l'article 44 on avait essayé de soutenir toujours dans cette affaire de la *Compagnie Immobilière* que les administrateurs étaient seulement responsables vis-à-vis de leur mandant la société, et que lorsque celle-ci avait approuvé leur gestion, les tiers n'avaient recours que contre elle. La Cour de Paris répondait avec raison (1) :

« Que si les administrateurs sont astreints aux obligations de leur mandat envers la société qui le leur a conféré, ils sont en même temps soumis envers tout le monde aux devoirs généraux qui sont imposés par la conscience ou par la loi, et dont l'infraction constitue, aux termes de l'article 1382 du Code civil, une faute, ou quasi délit obligeant à la réparation du dommage causé. »

C'est surtout dans les sociétés anonymes que la fraude consistant à faire croire à la prospérité des affaires sociales par des distributions de dividendes fictifs se produit.

Parmi les procès retentissants, résultat de la chute de grandes sociétés, un des plus célèbres est celui auquel nous avons emprunté nos citations précédentes, celui de la *Compagnie Immobilière*. Son histoire vaut la peine d'être rapportée.

Cette société fut fondée en 1854 sous le nom de *Société des Immeubles de la rue Rivoli*. Depuis, elle se nomma successivement *Compagnie Immobilière de Paris* et *Compagnie Immobilière*. Ce dernier nom lui fut donné lorsqu'en 1862, elle transféra sa sphère

(1) Paris, 22 avril 1870, (D., 70, 2, 121).

d'action de Paris, où elle était cantonnée d'après ses premiers statuts jusqu'à Marseille, par cette fameuse opération de sa fusion avec la *Société des Ports de Marseille.* Grâce à des majorations considérables, le capital social commun fut porté à 80,000,000 francs et tout cela fut approuvé en Conseil d'Etat au mois de juin 1863.

L'affaire qui consistait en achats de vastes terrains à bâtir et en des spéculations sur la revente ou les constructions, échoua complètement à Marseille et à peu près complètement à Paris.

Malgré cela ou plutôt à cause de cela, la société produisait des bilans magnifiques et distribuait des dividendes merveilleux en dépit du déficit toujours croissant. Enfin, la situation fut révélée à l'Assemblée générale du 30 avril 1867.

Les procès contre les administrateurs ne s'engagèrent qu'en 1869. Dans l'intervalle, une transaction avait eu lieu entre la société et le conseil d'administration qui accordait 20,000,000 d'indemnité aux actionnaires et qui éteignait l'action sociale *mandati* (V. *infrà*, p 135 et suiv.). Nous avons vu un des résultats de cette transaction (V. *suprà*, p. 113).

Certains actionnaires s'unirent pour intenter l'action en responsabilité basée sur les distributions de dividendes fictifs, ayant eu pour résultat de les attirer dans la société tout en leur faisant payer leur mise un prix bien supérieur à sa valeur réelle.

Le tribunal de la Seine, le 16 juillet 1869, repoussa l'action, *mandati* et retint l'action des articles 1382 et 1383, par suite débouta quelques actionnaires,

alloua des dommages aux autres. Ce jugement fut confirmé par la Cour de Paris, en grande partie du moins, le 22 avril 1870 (1), et le pourvoi fut

(1) Arrêt précité (D., 70, 2, 121). L'arrêt de 1870 s'exprime ainsi :

« Considérant que l'action par eux exercée est l'action en dommages-intérêts basée sur l'article 1382 Code civil ; — Que les demandeurs allèguent avoir été induits à acheter leurs actions par de faux rapports et de faux bilans que les administrateurs auraient présentés, et sur la foi desquels auraient été distribués des dividendes ne répondant pas à des bénéfices acquis ; — Qu'ils soutiennent que les administrateurs, auteurs volontaires des faits fallacieux, par lesquels leur achat d'actions a été déterminé, ont commis, envers eux, une faute, et leur ont causé un dommage dont ils lui doivent réparation.

« ... Que, suivant l'article 45 des statuts, ce qui constituait les bénéfices, c'est l'excédent des produits annuels etc.

« ... Que, d'accord avec ces règles, les statuts précisaient qu'il ne pouvait être pris chaque année de dividendes ni former de réserve que sur les produits.

« Que, selon ces prescriptions formelles des statuts, les tiers avaient manifestement à juger de la prospérité de la société, par ce qu'ils devaient croire affecté de bonne foi chaque année, en qualité de produits ou bénéfices réels, à la réserve et aux dividendes. »

L'arrêt examine les comptes des trois exercices incriminés (1863-1864-1865. V. *Supra*, p. 41, note 2) et continue ainsi :

« Considérant que cette suite de comptes, depuis 1864, montre l'administration de la compagnie établissant, chaque année, par millions des dividendes dont les fonds ne pouvaient être pris, à l'insu des actionnaires, que sur le capital ou sur l'emprunt, et des amortissements, des réserves, des soldes en bénéfice qui ne faisaient que répondre, à l'insu des actionnaires aussi, à de pures créances présentant du péril ; — Qu'au mépris des statuts et des règles élémentaires de la pratique des sociétés, c'était là faire briller, pour les

rejeté par la Cour de Cassation le 7 mai 1872 (1).

Le plus souvent ce seront des porteurs d'obligations qui parmi les créanciers sociaux auront à intenter l'action en responsabilité. En effet, séduits par les bénéfices que l'on n'aura pas manqué de faire miroiter à leurs yeux, pour leur démontrer la prospérité de la société, ils auront prêté leur argent persuadés qu'ils font un placement de toute sécurité. C'est ce qui se produisit encore pour les obligataires de la *Compagnie Immobilière*. Ils intentèrent une action en responsabilité contre les administrateurs, mais ils ne pouvaient évidemment se plaindre que des faits antérieurs à leur souscription ou contemporains. En raison des faits postérieurs, ils n'auraient eu que l'action oblique de l'article 1166. (Action sociale *mandati*). Or, elle avait été éteinte par la transaction dont nous avons parlé, intervenue le 23 décembre 1868. (*Supra*, p. 133.)

Le jugement du tribunal de la Seine du 6 janvier 1874 leur donnait raison (2).

actionnaires et pour le public, une situation trompeuse de prospérité et produire de fausses apparences de l'état des affaires sociales ; — Que les tiers ont été certainement séduits par cet appât, entraînés par cette déception, quand, depuis le rapport des administrateurs, du 19 mai 1864, ils ont acquis des actions ; — Que réparation leur est donc due du préjudice que la faute des administrateurs leur a fait éprouver. »

(1) D., 72, 1, 233.

(2) Voici les termes du jugement, du moins les principaux motifs invoqués :

« Attendu que les demandeurs basent leur action dans ces termes

La Cour de Paris confirma le 9 février 1877 (1).

Nous avons donné un long développement à l'étude de la jurisprudence et reproduit *in extenso* de longs considérants parce que nous avons pensé qu'il était important d'examiner les conséquences pratiques de la loi de 1867, dans les cas où son application est la plus fréquente, cet examen constituant le meilleur commentaire de notre législation.

D'autres désastres de grandes sociétés, événements malheureusement trop fréquents, ont aussi donné lieu à l'application du principe de responsabilité spéciale des administrateurs que nous étudions. On n'a

sur le préjudice résultant pour eux, soit de ce qu'ils ont prêté à la société en achetant ou en souscrivant des obligations sur la foi d'annonces et de rapports mensongers émanant des défendeurs ;

« ...Que s'il est vrai que les promesses et les distributions de dividendes, spécialement reprochées dans les précédentes instances aux défendeurs, ne s'adressaient pas directement aux acquéreurs d'obligations dont le revenu est fixe, à la différence de ce qui existe pour les actions dont les dividendes constituent le produit, on ne peut cependant méconnaître *que ce fait offrait aux tiers un signe de la prospérité de la société sur laquelle se fondait l'assurance du paiement des intérêts* et du remboursement des obligations ; — *Qu'on ne peut admettre que la perspective de cette prospérité n'ait pas déterminé les prêts effectués* aux époques contemporaines des rapports présentés de 1864 à 1867 ; — Qu'on doit d'autant moins écarter ces documents du débat actuel qu'ils ont été mis intentionnellement d'accord avec les prospectus lancés dans le public pour provoquer la souscription des obligations, et dont les promesses paraissaient réalisées par les comptes publiés annuellement. »

(1) Le *Droit* du 17 février 1877.

pas oublié notamment la catastrophe récente de la *Société du Comptoir d'Escompte*, créé en 1848 dans l'intérêt du commerce et faisant tout à coup faillite par suite du concours qu'elle avait prêté à la *Société des Métaux* qui l'entraîna dans sa chute. Ici aussi les acheteurs d'actions obtinrent des dommages-intérêts par le motif que la situation de la société déjà compromise, avait été représentée comme florissante par les administrateurs, notamment au moyen de distributions de dividendes fictifs.

Il en a été de même pour la *Société des Métaux* et la société des *Dépôts et Comptes courants* (1).

Directeur. — La direction des affaires sociales est parfois confiée par les administrateurs à un étranger nommé *directeur* ou à l'un d'entre eux nommé *administrateur délégué*, ou à plusieurs qui, réunis, forment le *conseil de direction*.

Quel que soit leur mode d'institution, ces différents organes sont responsables comme mandataires et d'après l'article 1383 du Code civil. La société a aussi contre eux l'action directe accordée par l'arti-

(1) Paris, 30 mai 1892 ; aff. Comptoir d'escompte (*Rev. des Soc.*, 1892, p. 405. (D. 93, 2, 249) ; tribunal civil de la Seine. 12 av. 1894 ; affaire Comptoir d'Escompte (*Rev. des Soc.*, 1894, p 306). Orléans, 4 juillet 1893, Société des métaux. (*Rev. des Soc.*, 1893, p. 460) ; Paris, 28 juin 1894, même affaire. (*Rev. des Soc.*, 1894, p. 483) ; tribunal civil de la Seine, même affaire (*Rev. des Soc.*, 1895, p. 349) ; trib. civ. Seine, 8 juin 1894. Société de dépôts et comptes courants. (*Rev. des Soc.*, 1894, p. 483)

cle 1994 (1) contre le mandataire substitué; ils pourraient être déclarés responsables envers les tiers s'ils avaient excédé leur mandat et laissé ignorer à ceux-ci cet excès de pouvoir (2).

Gérants. — Généralement, les gérants des sociétés en commandite, soit par actions soit par intérêts, sont les associés responsables *in infinitum* des dettes sociales. Dans ce cas, la question n'offre aucune difficulté. Ils sont responsables, sur tous leurs biens, du préjudice causé par les distributions de dividendes fictifs. Mais rien n'empêche qu'ils soient choisis parmi des étrangers (V. *Supra*, p. 81), éventualité en fait excessivement rare; dans ce cas, la responsabilité est la même que celle des administrateurs et les mêmes règles leur sont applicables (3).

II. — Sanctions pénales.

Les trois lois que nous venons d'étudier, loi de 1856, loi de 1863 et loi de 1867, renferment les mêmes dis-

(1) Paris, 29 juillet 1873 — Paris, 22 avril 1870. Aff. Compagnie immobilière. (D. 70, 2, 121.)

(2) Vavasseur, n. 808.

(3) Il existe une seule différence entre eux et les administrateurs. C'est que ces derniers, ainsi que nous l'avons vu (p. 111), étant nécessairement des associés puisqu'ils doivent posséder un certain nombre d'actions (art. 26), fournissent ainsi une sorte de *gage légal*, tandis que les gérants des commandites par actions, étrangers à la société, ne sont pas astreints à pareille mesure. — Il pourrait ce-

positions pénales à l'encontre des gérants ou administrateurs, au cas où les distributions de dividendes fictifs auraient le caractère délictueux, et elles leur donnent ce caractère lorsque les distributions ont été faites en l'absence d'inventaires ou à la suite d'inventaires frauduleux ; ce délit est assimilé au délit d'escroquerie et la loi déclare applicable en ce cas l'article 405 du Code pénal.

Cette disposition n'offre aucune difficulté d'application ou d'interprétation. Conformément aux principes généraux, il est évidemment nécessaire que l'intention frauduleuse du coupable existe pour que le délit soit constitué (1). La loi de 1863 le disait, d'ailleurs, expressément (Art. 31, *Annexe*) (2).

De même, il faut un acte accompli. Il serait inutilement allégué qu'à la suite d'inventaires frauduleusement dressés, le gérant ou les administrateurs ont proposé des distributions de dividendes fictifs. Si ces distributions n'ont pas eu lieu, soit parce que la proposition a été refusée, soit pour tout autre motif, le délit n'existe pas. Il y aurait alors une simple tentative que le législateur n'a pas déclarée punissable (3).

pendant leur être imposé par les statuts un cautionnement et ce cautionnement pourrait valablement être expressément affecté à la garantie des tiers comme à celle des associés.

(1) Pont. n. 1554.

(2) Cass. crim , 23 juin 1883. (D. 83, 1, 425.) — Paris, 24 juin 1885. (*Rev. des Soc* , 1885, p. 540.) — Paris, 5 mai 1890. (*Rev. des Soc.*, p. 489.)

(3) Pont, n. 1555.

B). **Personnes chargées de la surveillance et du contrôle de la gestion.**

Conseils de surveillance. — Les Conseils de surveillance ont été maintenus par la nouvelle loi, mais celle-ci a abandonné les restrictions de la loi de 1856; elle leur applique en termes précis le droit commun (art. 9).

Telles n'étaient pas cependant les dispositions du projet de loi, qui reproduisait à peu près les termes de la loi de 1856 :

« Il (le Conseil de surveillance) est tenu solidairement avec le gérant, des dommages causés à la Société et aux tiers :

« 1° Lorsque sciemment il a laissé commettre dans les inventaires des inexactitudes graves ;

« 2° Lorsqu'il a en connaissance de cause, consenti à la distribution de dividendes fictifs. »

Mais avant même la discussion au Corps Législatif, la Commission avait demandé dans ses conférences avec le Conseil d'Etat, la suppression des mots « *sciemment* » et « *en connaissance de cause* », disant « que par les obligations qu'ils imposeraient à la preuve de la faute, ils affaibliraient la responsabilité et l'énerveraient ». Le Conseil d'Etat refusait d'admettre cet amendement, alors la Commission reconnaissant « que là où il s'agirait de solidarité avec le gérant, c'est-à-dire d'une sorte de complicité civile,

les mots dont elle avait demandé la suppression pourraient se justifier », abandonna la solidarité et obtint la suppression des trois paragraphes.

D'après l'article 9, la responsabilité des membres des Conseils de surveillance a donc une double face : vis-à-vis des associés, elle est contractuelle, dérivant du contrat de mandat (art. 1992 du Code civil); elle est délictuelle ou quasi-délictuelle vis-à-vis des tiers, elle dérive des articles 1382 et 1383 du Code civil.

Les membres du Conseil de surveillance pourront être actionnés en responsabilité à la fois et pour le même fait de distributions de dividendes fictifs par les tiers et par les associés, mais ceux-ci devront démontrer que ce prélèvement sur le fonds social a causé un préjudice à la Société, soit en diminuant son champ de spéculation par la réduction de ses ressources, soit en augmentant les pertes par une prolongation de durée, due à un crédit factice.

Certains actionnaires pourraient même avoir contre les membres du Conseil de surveillance un grief spécial résultant du préjudice que leur aurait causé la hausse sur les actions, occasionnée par les distributions de dividendes fictifs et suivie d'une diminution considérable du taux de ces actions qu'ils auraient achetées précisément en raison de cette hausse.

Les membres du Conseil de surveillance auraient éventuellement un recours contre le gérant en raison de l'inventaire établi par celui-ci, cause initiale de la distribution de dividendes fictifs dont ils devraient encourir la responsabilité ; cela, bien entendu, sous la

condition de prouver leur erreur comme conséquence de cet inventaire (1).

Quel est le quantum de la réparation?

La responsabilité des membres des Conseils de surveillance est ainsi que nous l'avons vu (p. 110), basée sur les mêmes principes que celle des administrateurs. Mais il ne faut pas oublier qu'à l'encontre de ces derniers, les Conseils de surveillance ne sont pas des gérants, que même tout acte de gestion leur est interdit, que par conséquent, leur responsabilité doit être moins grande.

Les tribunaux devront évidemment peser la gravité des fautes respectives des tiers, des associés, des membres du Conseil de surveillance. Ils devront tenir compte de la gratuité ou de la non gratuité du mandat s'il y a lieu (art. 1992 du Code civil). C'est donc une question de fait, susceptible de varier avec chaque circonstance, et on ne peut établir aucune règle absolue. Quelquefois, les tiers ou les actionnaires pourront être déclarés en partie responsables du préjudice (2). Parfois, le passif en entier sera à la charge des membres du Conseil, ou une fraction seulement (3), parfois, enfin, le montant des dividendes fictifs distribués (4), ou une somme au-dessus (5).

(1) Caen, 2 avril 1859. (D. 59, 1, 137.)

(2) Paris, 4 août 1882. (*Rev. des Soc.*, 1883, p. 265.)

(3) Angers, 11 janvier 1867. (D. 67, 2, 19.)

(4) Orléans, 20 décembre 1860, et Rej., 15 janv. 1862; (D., 61, 2, 1. — 62, 1, 128).

(5) Cass, 15 janvier 1862, ci-dessus.

Un arrêt de la Cour de Caen, du 16 août 1864 (1), s'exprime ainsi : « S'il y a une faute commise par les membres du Conseil de surveillance, il y a aussi un malheur commun qui doit peser sur tous ; il ne serait ni juste ni conforme à l'esprit de la loi que le mandataire gratuit, auquel on ne peut reprocher que de l'incurie et de la négligence, fût traité aussi sévèrement que le mandataire salarié ou le mandataire coupable d'intention mauvaise. » C'est là un principe équitable qui trouvera une fréquente application.

Mais une clause des statuts ne pourrait en aucune façon soustraire les membres des Conseils de surveillance aux conséquences de leurs fautes ; il ne s'agit plus en effet, ici, d'une responsabilité née de la convention et pouvant être en quelque sorte dosée par elle ; les termes de l'article 9 sont impératifs et formels (2).

La solidarité entre les membres des Conseils de surveillance, n'existe pas en principe ; la loi de 1867 n'est pas équivoque, elle parle de « *chaque membre*... responsable de ses *fautes personnelles* ». Déjà la loi de 1856 disait : *tout membre* est responsable... et cette formule était voulue, puisqu'elle avait été substituée à celle plus vague du projet : les *membres*..., précisément pour indiquer l'absence de solidarité (3). Cependant la solidarité pourrait être pro-

(1) D., 65, 2, 192.

(2) Pont, 1541 ; Douai, 29 juin 1861 (S., 61, 2, 547) ; Bourges, 10 mars 1869 et 21 août 1873 (D., 73, 2. 34).

(3) Ainsi jugé, d'ailleurs, antérieurement à la loi de 1867. Lyon,

noncée en présence d'une faute commune, si on ne pouvait déterminer la responsabilité de chacun (1) ; ou si la responsabilité résultait d'un ensemble indivisible de fautes (2).

Si donc il y avait dissentiment entre les membres du Conseil de surveillance, la minorité pensons-nous, ferait bien d'exiger la constatation de son opposition ou même de la faire constater par ministère d'huissier immédiatement, en cas de refus.

La loi de 1867 (art. 15, dernier alinéa), a tranché une difficulté soulevée sous l'empire de la loi de1856. On s'était demandé si le Conseil de surveillance était civilement responsable, en cas de poursuite du gérant devant le tribunal correctionnel comme coupable d'un délit, par exemple de distribution frauduleuse de dividendes fictifs... La jurisprudence admettait l'affirmative, en appliquant par analogie l'article 1384 du Code civil. C'était là, selon nous, une fausse application du principe posé par l'article 1384, car il suppose une autorité effective de la personne responsable sur la personne poursuivie ; comme celle, par exemple, des parents sur leurs enfants, des maîtres sur leurs domestiques. Or, on ne peut dire que telle soit la situation respective des membres du Conseil de surveillance et du gérant. Les premiers n'ont en effet sur le second, qu'un simple

8 juin 1864 ; Caen, 16 août 1864 (D., 65, 2, 192 et 197) ; Metz, 14 août 1867 (D., 67, 2, 178).

(1) Lyon, 24 juin 1871 (S., 72, 2, 94).

(2) Lyon, 8 juin 1864 et 11 juillet 1873 (D., 74, 2, 209).

pouvoir de contrôle. La loi de 1867 a donc purement et simplement rappelé les vrais principes en supprimant expressément cette responsabilité. Il est évident qu'en cas de complicité avec le gérant, les membres du Conseil de surveillance pourraient être eux-mêmes poursuivis devant le tribunal correctionnel (1).

Commissaires de surveillance. — La loi de 1867 a institué dans les sociétés anonymes, comme dans les commandites par actions, un organe de contrôle : les commissaires de surveillance.

Les pouvoirs des commissaires de surveillance ne sont cependant pas tout à fait les mêmes que ceux du conseil de surveillance, c'est là une des nombreuses inconséquences de la loi de 1867 (2). — Le conseil de surveillance exerce un contrôle plus étendu et surtout plus continu, il est perpétuellement en fonctions. Chaque jour, il peut vérifier les livres, la caisse, le portefeuille; il possède par suite une certaine influence sur la gestion de la société. (Art. 10, al. 1.)

Les commissaires de surveillance au contraire ont un rôle intermittent, par conséquent moins efficace, ils n'entrent en fonctions que trois mois avant la réunion de l'assemblée générale annuelle. (Art. 33.) C'est surtout une opération de vérification de comptabilité qui leur est imposée; de là, il s'ensuit que leur responsabilité est en pratique moins fréquem-

(1) Thaller, n. 679; Pont, 1556; Cass., 23 juin 1883, S., 83, 1, 428.
(2) Thaller, n. 673.

ment en jeu que celle des membres du conseil de surveillance (1).

En dehors de cette différence, la responsabilité des uns et des autres découle des mêmes principes.

On s'est cependant demandé si les commissaires de surveillance, responsables suivant les règles du droit commun, vis-à-vis de la société dont ils sont les mandataires (art. 1992 du Code civ.), l'étaient aussi à l'égard des tiers. On a soutenu que la loi les avait créés uniquement dans l'intérêt des associés, qu'ils n'avaient aucun rapport avec les créanciers sociaux, que, par conséquent, leur responsabilité n'était pas susceptible d'être invoquée par ces derniers; d'ailleurs, dit-on, la loi de 1867 qui parle expressément des responsabilités des administrateurs à l'égard des tiers et des associés, ne contient aucune disposition semblable au sujet des commissaires de surveillance (2).

La doctrine en majorité (3) et la jurisprudence admettent les tiers à invoquer cette responsabilité au nom des articles 1382 et 1383.

Les commissaires de surveillance sont créés par la loi, en effet, tout autant dans l'intérêt des tiers que dans celui des associés ; sauf l'étendue de leurs attributions, leur rôle est le même que celui des conseils de surveillance, les mêmes règles doivent leur être appliquées lorsque leur responsabilité est en jeu (4).

(1) Thaller, n. 677.

(2) Bédarride, n. 489.

(3) Pont n. 1697. — Vavasseur, n. 890. — Lyon-Caen et Renault, n. 841. — Thaller, n. 678.

(4) Lyon-Caen et Renault, 841.

§ 2. — *Exercice de l'action en responsabilité — Action sociale. — Action individuelle*

Quelles que soient les personnes responsables des distributions de dividendes fictifs, gérants, administrateurs, commissaires de surveillance, ou membres des conseils de surveillance l'action en responsabilité est soumise aux mêmes conditions (1). Nous prendrons, pour plus de clarté, le cas particulier, le plus fréquent, celui où l'action est intentée contre les administrateurs en indiquant, s'il y a lieu, au cours de notre développement les différences de détail, très peu importantes, qui existent.

La situation de la société est importante à considérer. Il faut se placer à un double point de vue : la société est *in bonis*, elle est en faillite ou en liquidation judiciaire.

A). La société est « in bonis ».

Quand il s'agit de l'action en responsabilité appartenant à des tiers, il n'y a aucune difficulté ; chacun d'eux l'exerce comme il l'entend. Mais, rarement les tiers auront à exercer l'action en responsabilité, en raison de distributions de dividendes fictifs, pendant la durée de la société ; ils pourraient difficilement

(1) Thaller, n. 678. — Lyon-Caen et Renault, n. 841-1012.

invoquer un préjudice quelconque qui leur aurait été causé (Voyez cependant, p. 103, note 1). C'est donc généralement en cas de faillite qu'ils devront intervenir (1).

Les actionnaires qui ont un grief personnel contre les membres du conseil d'administration ; ceux, par exemple, comme nous l'avons vu (*suprà* p. 110), qui ont acheté des actions postérieurement à des distributions de dividendes fictifs, et qui ont subi une perte sur le prix d'achat, peuvent évidemment agir individuellement. C'est ici une action née d'un délit ou quasi-délit (art. 1382-1383 du Code civ.), distincte de celle qu'ils auraient en raison du mandat social. (V. plus loin.)

Dans ces divers cas, il y aura autant d'actions que de personnes lésées.

Mais la question change, quand il s'agit d'une action de la Société contre les administrateurs. C'est pensons-nous le caractère qu'aura toute action des associés en raison de distributions de dividendes fictifs, car dans ce cas, le préjudice est *causé à la Société* c'est-à-dire réparti également sur chaque associé au prorata de sa mise. Pour qu'il y eût lieu à action individuelle, il faudrait supposer une répartition de dividendes fictifs avec l'exclusion de plusieurs associés ce qui est bien invraisemblable. Cette *action sociale*, est l'action *mandati-directa*. Elle doit être exercée en principe au nom de la Société par les administrateurs, ou par une personne spécialement dési-

(1) Pont, 1544.

gnée dans ce but. Elle l'est par les premiers quand ce sont de nouveaux administrateurs agissant contre les anciens, ou une partie du conseil d'administration agissant contre l'autre partie, mais dans ces derniers cas il faut une délibération spéciale de l'assemblée générale, car l'action de mandat appartient à la Société, non aux administrateurs, et elle ne peut-être intentée en principe par des mandataires contre les autres (1), cet exercice exige un mandat spécial. Elle est exercée par une tierce personne désignée par la Société pour agir en son nom, quand le conseil d'administration est en entier impliqué dans le procès (2).

En cas d'inaction de la Société, un ou plusieurs actionnaires peuvent-ils intenter l'action sociale? En cas de renonciation de la Société qui en a la libre disposition, de transaction, peuvent-ils l'exercer? Logiquement, et c'est là l'opinion d'auteurs considérables (3), le droit d'exercer individuellement l'action sociale devrait être refusé aux actionnaires. En effet, les administrateurs sont les mandataires de la Société

(1) Thaller, n. 669, Tribunal de commerce de Rouen, 25 janvier 1885. (*Le Droit*, 14 février 1885.)

(2) Dans les Sociétés en commandite par action, ce sera en fait toujours une tierce personne qui sera chargée d'exercer l'action en responsabilité, car on ne peut imaginer l'existence de la responsabilité du conseil de surveillance pour avoir toléré des distributions de dividendes fictifs à l'exclusion de celle du gérant qui aura *effectué* ces distributions. C'est ici un cas analogue à celui où, dans les sociétés anonymes, tout le conseil d'administration est compromis.

(3) Lyon-Caen et Renault, 827. — Labbé, note, Dalloz, 1885, 1, 97.

non de chaque associé, et c'est à la Société qu'ils doivent rendre compte. On ne peut donc admettre les associés qui ne sont pas personnellement des mandants à arguer d'un contrat de mandat vis à-vis de ceux qui ne sont pas leurs mandataires personnels ; d'ailleurs il y aurait lieu, dans ce cas, à un nombre infini de procès, des complications considérables naîtraient.

Quelques auteurs, qui ne nient cependant pas le caractère social d'un tel mandat, professent une opinion contraire (1). « Si l'assemblée générale dit M. Vavasseur, omet ou refuse de l'exercer, il n'est pas juste qu'un seul membre de la Société soit exposé à souffrir de cette inertie : lorsque la collectivité s'abandonne, c'est à l'individu à veiller à son propre salut et en même temps au salut commun. »

M. Thaller (2) est du même avis et il base son opinion sur l'article 17 *in fine* de la loi de 1867.

La jurisprudence est en ce sens ; elle donne à chaque actionnaire l'exercice de l'action sociale si la Société est inactive, par le motif que le préjudice a été causé à chacun d'eux (3).

L'actionnaire cependant ne peut exercer l'action sociale que dans la mesure de son propre intérêt (4),

(1) Pont, 1706. — Vavasseur, 745.

(2) Thaller, n. 670.

(3) Cass., 3 déc. 1884 (D., 85, 1, 339). — Cass., 23 fév. 1885 (D., 85, 1). — Paris, 6 mai 1885 (D., 86, 2, 25).

(4) Thaller, n. 670. — Lyon, 12 août 1884 (*Rev. des Soc.*, 1885, p. 166). — Paris, 20 juin 1883 (D., 85, 2, 18). — Paris, 6 mai 1885

il a même été jugé, que, en cas d'exercice par un actionnaire de l'action sociale, ayant abouti à une condamnation à des dommages intérêts, le montant de la condamnation doit être versé dans les caisses de la Société ; et que l'actionnaire ne peut exiger qu'une partie des sommes allouées à titres de dommages-intérêts lui soient attribuée spécialement en remboursement des frais du procès (1).

Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire en cas de renonciation, de transaction ou d'approbation des comptes, *même au cours de l'instance engagée par les actionnaires*, la jurisprudence refuse l'exercice individuel de l'action sociale (2), à moins, bien entendu, que la raison déterminante de l'assemblée ait été la conséquence d'un dol ; d'ailleurs, dans ce dernier cas, la délibération pourrait être annulée d'après les principes généraux du droit (art. 1716 C. civ.).

Cette concession est en contradiction formelle avec le principe admis par la jurisprudence. L'exercice de l'action appartient ou n'appartient pas à chacun des associés ; dans la première hypothèse, on ne com-

(D., 86, 2, 25). — Bordeaux, 24 mai 1886 (D., 87, 2, 115). — Bourges, 15 avril 1891 (*La loi* du 23 avril 1891).

(1) Lyon, 28 janvier 1890, *Rev. des Soc.*, 1890, p. 509 (D., 92, 2, 33) ; comp., cependant, Paris, 19 mai 1892 (D., 92, 2, 359).

(2) Thaller, n. 670. — Paris, 22 avril 1870 (D., 70, 2, 121). — Paris, 21 juin 1881 (*La loi*, n. du 23 juin). — Paris, 11 juillet 1882 (*Rev des Soc* , 1883, p. 73) et sur pourvoi Cassation Req., 3 déc. 1883 (D., 84, 1, 339). — Paris, 13 janvier 1899. (*La loi*, n. du 9 février 1899).

prend pas comment la majorité pourrait prendre une décision de nature à les en priver ; les droits individuels des actionnaires sont, en effet, indépendants de la volonté de la majorité qui ne peut en supprimer l'exercice (1). Dans le second cas, il n'est pas, nous le répétons, admissible que les actionnaires puissent exercer individuellement des droits qui n'appartiennent qu'à la majorité des assemblées représentant la société (2).

On discute sur le point de savoir si le droit individuel d'agir contre les administrateurs se transmet avec les actions.

Quant à l'action, résultant du préjudice causé aux acheteurs victimes d'une hausse factice, conséquence des distributions de dividendes fictifs, elle est essentiellement personnelle à ceux qui ont souffert ce préjudice, car elle a pour base un délit et n'est évidemment pas transmissible *ipso facto* (3). En effet, l'acheteur primitif seul a subi le préjudice, c'est à lui qu'est due la réparation ; un contrat formel serait nécessaire pour que ce droit à des dommages fut transmis au cessionnaire ; en dehors de ce cas, le premier acheteur conserve son action (4). C'est, du reste, en

(1) Angers, 16 mai 1891 (D., 91, 2, 31). — Paris, 6 février 1896 (D., 96. 2, 518).

(2) Lyon-Caen et Renault, n. 827.

(3) Thaller, n. 673. — Cass , 11 novembre 1873 (S., 74, 1, 97). — Cass., 21 mars 1878 (S , 79, 1, 24). — Cass., 25 janvier 1891 (S , 81, 1, 451).

(4) Thaller, n. 672. — C'est ce qui a été jugé dans l'affaire du

fait, le seul cas qui puisse donner lieu à une action individuelle par suite de distributions de dividendes fictifs. L'action sociale appartenant à la société, tout nouvel actionnaire aurait le droit de l'exercer dans les conditions où la jurisprudence le lui accorde par le seul fait qu'il est associé (1).

B). **La société est en faillite ou en liquidation judiciaire.**

Le syndic peut seul, en principe, exercer les actions en responsabilité appartenant à la société contre

Crédit mobilier, par un arrêt de la Cour de Paris, en date du 9 février 1877 (*Le Droit*, 17 fév. 1877).

« Attendu, porte l'un des arrêts rendus par la Cour de Paris, le 28 juin 1870, que X..., comme souscripteur, ayant été entraîné par des manœuvres illicites a souscrire, avait une action en responsabilité qui constituait pour lui un droit personnel indépendant et distinct des droits attachés à la possession de ses titres d'action dans la société.... ; que le droit à l'indemnité, existant en dehors de toute répartition sociale, atteint les administrateurs comme personnellement obligés, envers *le souscripteur*, à réparer pour lui le préjudice résultant de sa souscription. — Que ce droit qui donne naissance à une créance sujette aux règles de transmissibilité ordinaire, n'a pu passer avec les actions transmises par voie de négociation commerciale aux cessionnaires de celles-ci : — Qu'il a *donc continué* à appartenir à X... *nonobstant la cession*, par lui faite, des actions qu'il avait souscrites. »

(1) Thaller, n. 670. — Quant aux questions de procédure nous n'y insistons pas, elles n'entrent pas dans le cadre de notre sujet. (V. l'art. 17 de La loi de 1867 et Thaller, n. 671 ; Lyon-Caen et Renault, 829 et suiv.).

les administrateurs (1). Si donc on admet avec nous que le droit individuel d'exercice de l'action sociale n'existe pas, il n'y a pas de difficulté, c'est au syndic qu'il appartient d'intenter l'action.

Mais nous avons vu que la jurisprudence accordait à chaque actionnaire le droit d'user de cette action en cas d'inertie de la société, et si elle n'y a pas renoncé, en transigeant ou en approuvant les comptes. Ce droit leur reste-t-il en cas de faillite ou de liquidation judiciaire? Il a été décidé que la suspension du droit de poursuite individuelle étant une des conséquences de la faillite, les actionnaires ne pouvaient agir. Cela ne nous paraît guère soutenable, car les administrateurs sont des tiers; ils ne sont pas « *la société* », or, c'est *la société seule qui est déclarée en faillite*, et le droit de poursuite individuelle est suspendu seulement au regard du failli ; cette mesure ne peut s'appliquer aux actions de tiers contre d'autres tiers (2).

Quant aux actions individuelles des actionnaires dans le cas où elles existent (v. *supra*, p. 138), il est bien évident que le syndic ne saurait être admis à les exercer. On ne peut prétendre que ce soient des actions du failli, c'est-à-dire de la société et invoquer le dessaisissement. Ce ne sont pas non plus des actions de tiers contre le failli, et la suspension du droit de poursuite individuelle ne s'applique pas (3).

(1) Thaller, n. 669.

(2) Paris, 1 ch., 30 juin 1883 (*Journ. des faillites*, 1883, p. 477). — Lyon-Caen et Renault, t. VIII, n. 1183.

(3) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. VIII, n. 1184.

Quelle est la situation des créanciers sociaux?

Ils ne peuvent certainement pas exercer l'action oblique de l'article 1166 du Code civil, car, seul, le syndic en a l'exercice en tant qu'action de la Société (1).

Pour les actions qui sont nées directement à leur profit contre les administrateurs (art. 1382 et 1383 du Code civil), on décide généralement que seul le syndic qui représente les créanciers peut les exercer (2). L'avantage pratique d'une telle décision n'est pas niable, mais elle ne se trouve pas justifiée, nous semble-t-il, par les principes du droit; le syndic représente, il est vrai, les créanciers pour les actions que ceux-ci ont contre le failli, mais il ne les représente pas pour celles qu'ils ont contre des tiers; et, ici, les administrateurs ont bien le caractère de tiers, on ne peut les assimiler à la Société en faillite (3).

(1) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. VIII, n. 1185.

(2) Cass., 21 décembre 1875 (S., 79, 1, 97).

(3) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. VIII, n. 1185. — Labbé, note (Sirey, 1879, 1, 97). — Dans les commandites par actions, si le gérant avait été choisi parmi les associés responsables *in infinitum* des dettes sociales, ce qui est le cas le plus fréquent, celui-ci étant en faillite ou en liquidation judiciaire, par le seul fait de la faillite ou de la liquidation judiciaire de la société, la solution contraire serait applicable car, on serait en présence, alors, d'actions de créanciers de la faillite contre *le failli* (V. Lyon-Caen et Renault, t. VIII, n. 1185).

Prescription.

En général, l'action en responsabilité exercée contre les administrateurs se prescrira, conformément au principe de l'article 64 du Code de commerce, cinq ans après la fin ou la dissolution de la Société si l'acte de Société qui en énonce la durée ou l'acte de dissolution ont été légalement rendus publics. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que la loi de 1867 contînt une dérogation à ce principe, ce qui n'est pas (1).

Il existe deux interprétations différentes de l'article 64 du Code de commerce. D'après les uns, la portée de cet article est générale, et, quelle que soit leur source, toutes les actions contre les associés liquidateurs se prescrivent par trente ans, aussi bien celles qui dérivent de leur qualité d'associés que celles qui sont nées des actes accomplis par eux dans l'exercice de leurs fonctions de liquidateurs.

Si, par conséquent, on admet cette théorie, les administrateurs qui seront nommés liquidateurs ne pourront invoquer que la prescription de trente ans (2).

D'après les autres (3), au contraire, la prescription de trente ans n'est appliquée par l'article 64 qu'aux actions qui existent contre les associés liquidateurs

(1) Vavasseur, 703. — Pont, 2003 et suiv.

(2) Vavasseur, 254-703. — Troplong, t. II, n. 1051.

(3) Lyon-Caen et Renault, n. 436. — Pont, n. 2010.

en raison de leurs actes de liquidation ; la prescription de cinq ans est applicable à toutes les autres, par suite, elle l'est dans notre hypothèse aux actions en responsabilité dirigées contre les administrateurs liquidateurs.

Cependant, MM. Lyon-Caen et Renault, quoique partisans de la seconde interprétation de l'article 64, admettent la seule prescription de trente ans pour toutes les actions en responsabilité dirigées contre les administrateurs liquidateurs ou non (1). Ces auteurs, en effet, pensent que, en principe, l'article 64 du Code de commerce régit seulement les sociétés dans lesquelles les associés sont tenus personnellement et solidairement des dettes sociales (2). Tel n'est pas notre avis. Nous pensons que l'article 64 du Code de commerce, qui *consacre l'application du droit commun en matière de prescription commerciale*, est conçu en termes généraux et suffisamment précis (3) pour qu'il puisse être avec raison invoqué en notre matière.

Les mêmes principes et les mêmes solutions sont évidemment applicables quand il s'agit d'actions en responsabilité contre les membres des Conseils de surveillance, qui doivent être pris parmi les associés (art. 5, loi de 1867). En ce qui concerne les actions dirigées contre les gérants ou les commissaires de surveillance, il en est de même, mais seulement

(1) Lyon-Caen et Renault, n. 833.
(2) Lyon-Caen et Renault, n. 429-545.
(3) Cass., 24 janv. 1894 (S., 95, 1, 427).

quand ces diverses personnes sont des associés ; dans le cas contraire, c'est exclusivement la prescription de trente ans qui peut être invoquée.

Dans le cas où l'action en responsabilité est née d'un délit (art. 15, 3°, et 41 de la loi de 1867), sa prescription est de trois ans, l'action civile se prescrivant par le même laps de temps que l'action publique (art. 637 et 638, C. Instr. Crim.) (1).

Enfin, les actions entre associés sont, en principe, soumises à la prescription de trente ans, cela a été expressement déclaré lors de la discussion de l'article 64 du Code de commerce au Conseil d'Etat par Regnaud de Saint-Jean-d'Angely : « Il importe beaucoup aux associés que leurs actions se prolongent, parce que leurs recouvrements et les comptes peuvent entraîner un laps de temps considérable. Il faut quelquefois trente ans pour opérer les recouvrements ; dès lors, la prescription entre associés ne peut être d'une moindre durée (2) ». Il s'ensuit que, vis-à-vis de leurs co-associés, les personnes responsables des distributions de dividendes fictifs ne peuvent invoquer l'article 64 du Code de commerce.

Compétence.

Quand il s'agit de l'action sociale intentée contre les administrateurs ou les membres du conseil de

(1) Lyon-Caen et Renault, n. 833.

(2) Locré, XVII, pp. 273 et 470. — Lyon-Caen et Renault, n. 432 *bis*.

surveillance, dans tous les cas, et contre les gérants ou les commissaires de surveillance lorsqu'ils sont des associés, le tribunal de commerce est compétent, personne ne le discute, l'article 631-2° du Code de commerce est incontestablement applicable.

Une discussion s'élève si l'on envisage l'action des tiers. On a soutenu que le mandat donné aux administrateurs étant commercial, le tribunal de commerce est compétent. A cette théorie on a cependant ajouté un tempérament : Si les créanciers avaient effectué avec la société des opérations n'ayant pas le caractère commercial pour eux, ils pourraient choisir entre les deux juridictions (1).

Nous pensons que l'administrateur n'est pas un commerçant, et qu'il s'agit par conséquent ici de délits ou de quasi-délits commis par un non commerçant ; nous admettons donc la compétence du tribunal civil (2).

Le tribunal civil serait aussi, selon nous, compétent même dans le cas d'exercice de l'action sociale contre des gérants ou des commissaires de surveillance, *non associés*. Cette solution est la conséquence logique du principe que le mandat donné par la société à ses agents de gestion ou de contrôle n'est pas commercial.

(1) Paris, 26 janv. 1874 (S., 76, 2, 3). — Pont, 1547.

(2) Lyon-Caen et Renault, 834 (Angers, 3 juin 1875 ; S., 76, 2, 4).

SECTION II

BÉNÉFICIAIRES DES DISTRIBUTIONS DE DIVIDENDES FICTIFS.

L'innovation capitale de la loi de 1867 consiste en une modification décisive des rapports des associés bénéficiaires d'une ou plusieurs distributions de dividendes fictifs avec les tiers créanciers sociaux.

La loi de 1867, suivant les indications de la jurisprudence des Cours d'appel d'Aix et d'Alger, et rompant avec les solutions du droit commun, décide que les dividendes fictifs perçus de bonne foi par les associés leur resteront acquis (art. 10).

C'est la réalisation du projet de loi de 1838 qui, nous l'avons vu, était conçu dans le même esprit.

Cependant, le projet de loi présenté par le Gouvernement, le 28 mars 1865 (Voyez *Annexe*), était muet sur ce point, et ce fut la Commission qui prit l'initiative de cette disposition par voie d'amendement. Elle basait son opinion sur les articles 549 et 550 du Code civil, assimilant les bénéficiaires des distributions de dividendes fictifs aux possesseurs de bonne foi, qui font les fruits leurs. « Sans doute (1),

(1) Rapport de M. Mathieu, *Moniteur* de 1867, p. 685.

disait-elle, il n'y a pas en droit identité absolue entre les fruits perçus par le possesseur de bonne foi qui laisse intact le capital, et des dividendes et des intérêts fictifs qui sont une partie du capital même. Cependant, il y a, au fond, parité de situation, car de même que le possesseur de bonne foi, l'actionnaire, les a considérés comme des fruits industriels de son capital, il les a employés à ses dépenses journalières, *lautius vixit;* et l'action en rapport, exercée après cinq ou dix ans peut-être, lui apporte la ruine. N'est-ce pas, alors, comme si, contrairement au principe même de la commandite, on lui imposait une perte supérieure à sa mise? N'est-ce pas, d'ailleurs, et c'est la raison décisive, éloigner des sociétés par actions les capitaux qu'on y veut attirer? Qui donc, en effet, oserait affronter le péril d'une action en rapport incertaine, mais toujours menaçante? Ces motifs qui, en 1807, déterminaient le Conseil d'Etat à repousser, en principe, l'obligation de rapporter les bénéfices, ont paru à votre Commission applicables même au cas où, lors de leur distribution, les bénéfice étaient purement fictifs, mais à la condition qu'ils eussent été reçus de bonne foi. »

Ces considérations n'avaient pas réussi à convaincre le Conseil d'Etat qui n'admit pas l'amendement. Il fut tout de même conservé et la question fut portée en cet état à la discussion au Corps Législatif dans la séance du 9 mai 1867 (1).

L'amendement rencontra une opposition véhémente

(1) *Moniteur* de 1867, p. 658.

et un éminent jurisconsulte, M. Duvergier, répondit en ces termes au discours du rapporteur de la commission, M. Mathieu, qui avait reproduit à la tribune les arguments de son rapport.

« Sous quelle exception l'honorable rapporteur de la commission espère-t-il placer la disposition qu'il vous indique? Sous cette règle écrite dans les articles 549 et 550 du Code Napoléon, qu'on fait les fruits siens quand on est de bonne foi.....

« Comment définit-on la bonne foi ? Le voici : Est de bonne foi celui qui est propriétaire d'un immeuble en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices.

« Voilà la définition légale. Donc, pour pouvoir argumenter de cette disposition, il faut qu'on puisse dire : J'ai été dans une erreur invincible, il m'était même impossible de soupçonner les vices du titre en vertu duquel je recevais les fruits.

« Sommes-nous dans une hypothèse semblable?

« Est-ce que l'actionnaire le moins instruit du droit qui régit les sociétés, ne sait pas parfaitement que quand on lui distribue un dividende, il est possible que malgré la régularité matérielle de l'inventaire, car c'est à cela que s'attache la commission, il est très possible qu'au fond il n'y eût pas lieu à la distribution de dividendes, parce qu'il n'y avait pas de bénéfices.

« Voilà la vérité en droit.

« ..... Il y a deux intérêts en présence, celui des créanciers qui est sacrifié par les dispositions de la

commission, et celui des actionnaires. Lequel faut-il préférer ?

« Qu'il soit utile de favoriser les actionnaires pour appeler les capitaux dans les commandites par actions, bien ! je le reconnais, mais il faut aussi se préoccuper de ce qui est juste, et il est juste que le créancier soit payé conformément aux principes du droit sur l'actif social, avant que l'actionnaire reçoive un centime à titre de bénéfices. »

Quant à l'argument produit par M. Mathieu, rapporteur, et qui consistait à déclarer introuvables les actionnaires au porteur, en cas de répétition, voici la réponse de M. Duvergier :

« Dans toutes les affaires sur lesquelles on a eu à statuer dans une situation analogue à celle qui nous occupe, on les a trouvés tout de suite et voici pourquoi :

« De ce que la société était dans de mauvaises affaires, de ce qu'elle avait payé aux actionnaires des dividendes qu'elle n'aurait pas dû leur donner, tout n'était pas absolument perdu, il restait encore un actif; cet actif, les actionnaires au porteur avaient intérêt et le droit d'en prendre leur part, et quand la déclaration de faillite a été prononcée, on les a vus se présenter et discuter pour savoir si après le paiement des créanciers il ne resterait pas pour eux un actif.....

« Et, y eût-il cette difficulté dont parle l'honorable rapporteur de la commission, je dis qu'il ne faudrait pas s'y arrêter, et qu'il ne faudrait pas, en raison de circonstances extraordinaires, sacrifier les principes

du droit et de la justice et les véritables intérêts des créanciers et du gérant de la société en commandite. »

MM. Ernest Picard et Pouyer-Quertier combattirent aussi la théorie de la commission, et ce dernier tout en demandant l'application du droit commun, proposait une prescription de cinq ans pour l'action en répétition.

L'article 10 ou plutôt l'amendement fut renvoyé à la commission.

Il revint à la séance du 12 juin 1867 (1), à peu près dans les mêmes termes; les mêmes oppositions se produisirent, du moins au sein de l'Assemblée.

MM. Perras et Pouyer-Quertier prononcèrent de remarquables discours ; ce dernier persistait à demander la prescription de cinq ans. « Puisque vous reconnaissez, disait-il, la possibilité de rechercher les dividendes pendant cinq ans, lorsque la répétition est ouverte, je ne vois pas pour quels motifs, vous refuseriez à des tiers d'aller rechercher dans une société qui s'est distribué des dividendes à elle-même, à l'aide de valeurs qui auraient été surchargées et exagérées, ce qui leur appartient car l'argent que les actionnaires se sont distribué dans cette circonstance, c'est la valeur d'autrui, c'est la propriété des tiers et non la leur. » Enfin, le gouvernement par l'organe du Ministre de l'Agriculture et du Commerce, se rallia à l'avis de la commission et l'amendement fut voté.

(1) *Moniteur* de 1867, p. 731.

La législation actuelle admet donc comme principe, comme règle générale, qu'il ne saurait être question de répétition de dividendes quels qu'ils soient lorsqu'ils auront été perçus de bonne foi.

Ensuite, elle fixe elle-même les conditions nécessaires de la mauvaise foi ; elle établit une présomption *juris et de jure*, c'est-à-dire contre laquelle la preuve n'est pas admise dans deux cas :

1° Une distribution de dividendes aura été faite sans inventaire ;

2° La distribution aura eu lieu en dehors des résultats constatés par l'inventaire.

Si comme on l'a soutenu, la répétition des dividendes fictifs était restreinte à ces deux hypothèses, elle n'aurait pu, pour ainsi dire, jamais lieu ; ce serait l'immunité complète pour les associés, car on a peine à concevoir qu'un gérant ou un Conseil de surveillance ou d'administration consente à distribuer des dividendes dans de telles conditions. Mais il faut admettre, et les rédacteurs de la loi l'ont eux-mêmes reconnu, que si la mauvaise foi des associés est prouvée, c'est-à-dire s'il est démontré qu'ils savaient que les dividendes perçus par eux étaient fictifs, ils pourront être tenus de les rapporter, alors même qu'ils auraient été distribués conformément à des inventaires légalement dressés (1) et vérifiés.

« En dehors des deux cas précisés par la loi, a dit le rapporteur de la commission du Corps législatif, la bonne foi de l'actionnaire est présumée, à moins

(1) Pont, 1488.

qu'on établisse entre lui, le gérant et le conseil de surveillance, une complicité véritable pour tromper les tiers sur la véritable situation de la Société. »

Dans cette hypothèse, le demandeur devra faire la preuve de la mauvaise foi.

Réciproquement, il est évident que si des dividendes avaient été distribués sans inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire et s'il était démontré que ces dividendes étaient réels, ils demeureraient acquis aux associés car seuls les dividendes fictifs sont rapportables. Comment la loi qui est faite pour permettre aux associés de bonne foi de conserver les dividendes fictifs, pourrait-elle soumettre au rapport des dividendes réels (1)?

La loi de 1867 ne s'arrête pas là, non seulement elle protège les associés qui ont sous le nom de dividendes repris une partie de leur mise, mais encore pour ceux contre lesquels elle admet la répétition elle institue une prescription très courte : la prescription de cinq ans à partir du jour fixé pour la distribution (2).

On a essayé de justifier une telle mesure en prétendant qu'elle était la conséquence du principe posé par l'article 64 du Code de commerce, d'après lequel toutes actions contre les associés non liquidateurs,

(1) Vavasseur, n. 624.

(2) D'après le droit commun, la prescription ne devrait commencer que du jour où les dividendes ont été touchés, cette dérogation de la loi au droit commun a le grand avantage de donner à la prescription le même point de départ pour tous les actionnaires.

sont prescrites par cinq ans à partir de la dissolution; on a dit que la distribution de dividendes était une sorte de liquidation partielle ; oui, à la rigueur, quand elle a été précédée de l'inventaire à qui l'on peut reconnaître ce caractère, mais quand elle a eu lieu en l'absence d'inventaire, où donc est la liquidation ?

Pour nous, nous pensons que cette prescription est une prime donnée à la mauvaise foi et nous nous associons aux paroles de M. Vavasseur (1). « Il est vrai de dire que la prescription, introduite par la loi nouvelle, a pour but direct, unique, d'absoudre et de protéger la mauvaise foi. C'est un rôle singulier et sans doute inattendu que fait jouer la loi nouvelle à la prescription ; les jurisconsultes, anciens et modernes, ne l'auraient pas saluée du titre de patronne du genre humain, s'ils avaient deviné qu'un jour elle dût les compromettre en telle occurence. »

Une telle prescription eût pu s'entendre dans le cas où M. Pouyer-Quertier la demandait, c'est-à-dire si l'on avait admis selon les principes du droit, la répétition contre les associés de bonne foi, mais elle est injustifiable dans l'hypothèse où la loi la consacre.

C'est, nous le répétons, l'immunité complète des associés vis-à-vis des créanciers sociaux qui sont en l'espèce les plus intéressants. Ceux-ci, en effet, n'ont d'intérêt à intenter l'action en restitution qu'en cas d'insolvabilité ou de faillite de la Société; comment

(1) Vavasseur, 625.

sans cela démontreraient-ils à leur égard un préjudice quelconque. En sorte qu'ils seront obligés ou d'attendre cette faillite et de voir ainsi leur droit se prescrire ou de la provoquer, ce qui est de nature à compromettre irrémédiablement leur situation (1).

Enfin, la loi contient une mesure transitoire décidant que les prescriptions commencées à l'époque de sa promulgation et pour lesquelles il faudrait plus de cinq ans pour se réaliser au moment de cette promulgation, seront accomplies dans ce laps de temps.

Telles sont les dispositions de la loi de 1867 en ce qui concerne les rapports des créanciers et des associés. Nous pensons qu'on doit les regretter, car elles constituent un état de choses essentiellement contraire aux principes.

« Pour moi, dit M. Vavasseur, j'applaudis de grand cœur aux énergiques protestations qu'elles ont soulevées lors de la discussion; car le droit des créanciers sociaux se trouve sacrifié à l'intérêt des actionnaires leurs débiteurs.

« Il est permis de croire que le dernier mot n'est pas dit sur la question, et d'espérer un retour aux vrais principes lors du remaniement de la législation des sociétés (2). »

Quant aux questions de compétence, à la nature et aux conditions de l'exercice de l'action en répétition dans les sociétés, elles sont les mêmes que sous l'ancienne législation, alors que la d'insolvabilité ou de faillite de la Société commen

(1) Pont, 1495.

(2) Vavasseur, n. 627-629.

répétition pouvait s'exercer dans tous les cas de distributions de dividendes fictifs. Il n'y a que le délai de la prescription qui diffère (Voyez *Supra*, p. 99 et suiv.).

SECTION III

LES DISPOSITIONS DE LA LOI DE 1867 PEUVENT-ELLES ÊTRE ÉTENDUES AUX SOCIÉTÉS AUTRES QUE LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS ?

Les lois de 1856 et 1863 ne s'appliquaient qu'aux sociétés par actions. La première, aux commandites, la seconde, aux sociétés anonymes.

La loi de 1867 réunit en une seule législation les règles divisées entre les deux autres; mais, comme elles, elle ne s'occupe ni des sociétés en nom collectif, ni des sociétés en commandite simple.

On a cependant soutenu que les dispositions relatives aux dividendes fictifs s'appliquaient aux commandites simples. On a prétendu, que lors de la discussion générale, on avait invoqué des motifs généraux : Puissance de la bonne foi, préjudice qu'éprouveraient les commanditaires soumis à rapport. Enfin, que l'article 10 donnant un effet rétroactif à la loi, semble en faire une loi interprétative des règles préexistantes (1). Par suite, dit-on, il faut dé-

(1) Pont, 1486 et s.

cider que les dividendes fictifs ne sont pas soumis à rapport par les commanditaires des commandites simples qui les ont perçus de bonne foi suivant les termes de l'article 10.

D'autres auteurs (1), sans nier que la loi de 1867 ne soit pas applicable aux commandites simples, refusent pour ces sociétés la répétition des dividendes fictifs, mais en se basant sur le principe posé par les articles 549 et 550 du Code civil et sur les motifs des arrêts des Cours d'appel d'Aix et d'Alger (V. *Supra*, p. 104 et note 1).

Nous pensons au contraire que la loi de 1867 est faite uniquement comme son titre l'indique, pour les sociétés par actions (2), que par conséquent, on ne peut étendre ses dispositions aux sociétés en commandite simple ou en nom collectif; on ne le peut, surtout quand il s'agit d'une de ses dispositions qui contient ainsi que nous l'avons vu, une si grave dérogation aux règles du droit commun; l'interprétation restrictive des lois d'exception étant de principe.

D'ailleurs, la situation des commanditaires, dans les sociétés en commandite simple, n'est pas la même que celle des commanditaires actionnaires (3). Ceux-ci, plus nombreux, ont un contrôle plus difficile; on peut présumer leur bonne foi à peu près constante. Les premiers, au contraire, sont généralement en

(1) Lyon-Caen et Renault, n. 539.
(2) Vavasseur, n. 629, 624, 296. — Thaller, n. 382.
(3) Thaller, n. 382.

nombre plus restreint; c'est moins à l'affaire qu'on leur a proposé qu'aux hommes qui leur ont demandé leur concours qu'ils ont consenti à s'associer. Ils ont tout le temps suivi avec soin la marche des opérations sociales ; c'est le motif qui, du reste, a empêché la création par la loi de conseils de surveillance absolument inutiles dans ces sociétés. Tous surveillent donc, avec soin en général, et l'on peut dire qu'ils connaissent à fond les résultats des affaires de la société, que par conséquent, en fait, leur bonne foi existerait rarement. Cette situation est, du reste, un grand bien, car se sachant responsables, c'est-à-dire sujets au rapport éventuel des dividendes perçus, ils ne sont pas tentés de se désintéresser volontairement des affaires sociales et d'amasser de gros bénéfices aux dépens des tiers, en se livrant à des spéculations hasardées sous le couvert d'un nom de gérant quelconque avec, pour eux, le moindre risque.

Donc, aujourd'hui comme avant la loi de 1867, les dividendes fictifs sont sujets à être rapportés par les associés en commandite simple.

Les règles que nous avons exposées plus haut sont ici applicables (V. p. 99 et suiv).

La jurisprudence est fixée en ce sens ; voici notamment les motifs invoqués par un arrêt de la Cour de Cassation du 22 juin 1880 (1) :

« Attendu que l'article 10 de la loi du 24 juillet

(1) Tribunal civil de Lille, 7 avril 1879, confirmé par la Cour de Douai, 24 mai 1879, pourvoi rejeté par la Cour de Cassation, 20 juin 1880. (D. 81, 1, 19.)

1867 est étranger aux sociétés en commandite simple, qu'en effet, il se trouve dans le titre premier de la loi, lequel est intitulé : « Des sociétés en commandite « par actions », et qu'il parle des répétitions exercées contre les *actionnaires*. Attendu, d'ailleurs, que lorsque, comme dans l'espèce, la société n'a point réalisé de bénéfices, les dividendes distribués ne sont qu'un remboursement total ou partiel de la mise sociale, et que les associés qui les ont reçus sont obligés à restituer selon le principe général de l'article 1376 du Code civil... »

Il en est de même pour les Conseils de surveillance, qui quelquefois sont créés par les statuts dans les commandites simples. Ces Conseils, uniquement mandataires des associés et institués dans leur seul intérêt, n'ont à répondre de leurs actes que vis-à-vis de leurs mandants et la loi de 1867 ne leur est pas applicable. La jurisprudence est formelle en ce sens. Nous lisons dans un arrêt de la Cour de Cassation du 27 janvier 1880 (1) :

« Attendu que les articles du titre premier de la loi de 1867 ne s'appliquent qu'aux sociétés en commandite par actions, que la constitution, par les statuts des sociétés en commandite simple, de conseils de surveillance dans le seul intérêt des commanditaires, n'a pas pour effet de soumettre les membres de ces Conseils aux obligations et à la responsabilité que les articles précités édictent... »

(1) Cass., 27 janvier 1880. (D. 80, 1, 247.) — Paris, 20 mai 1870. (S., 79, 1, 209.)

Droit étranger.

Plusieurs lois étrangères se sont occupées de la question des dividendes fictifs pour les commandites simples, mais les solutions varient.

La loi *belge* du 18 mars 1873 (art. 21, al. 2) admet que « l'associé commanditaire peut être contraint par les tiers de rapporter les intérêts et dividendes qu'il a reçus, s'ils n'ont pas été prélevés sur les bénéfices réels de la société ». Seulement, « s'il y a fraude, mauvaise foi ou négligence grave de la part du gérant, le commanditaire pourra le poursuivre en paiement de ce qu'il aura dû restituer ».

Le Code de commerce *allemand* de 1861 (art. 163, dernier alinéa) consacre la solution contraire; le commanditaire peut conserver les intérêts et bénéfices perçus de bonne foi ayant pour base un inventaire dressé de bonne foi.

Il en est de même de la loi *hongroise* (art. 139, dernier alinéa du Code de commerce).

Le Code de commerce *portugais* (art. 294) n'admet la répétition qu'en cas de dol ou de fraude.

CONCLUSION

Il ressort de notre étude que sous la législation actuelle, les responsabilités engagées par des distributions de dividendes fictifs sont en principe les suivantes :

Sociétés en commandite par actions : Gérant. — Conseil de surveillance. — Actionnaires de mauvaise foi aux termes de l'article 10.

Sociétés anonymes : Administrateurs. — Commissaires de surveillance. — Actionnaires de mauvaise foi aux termes de l'article 10.

Sociétés en commandite simple : Gérant. — Conseil de surveillance, quand il en existe un (vis-à-vis des tiers, seulement s'il résulte des statuts qu'il a été créé aussi bien dans leur intérêt que dans celui des associés). — Associés même de bonne foi.

Ces responsabilités existent vis-à-vis de la société et vis-à-vis des tiers.

La société possède contre les distributeurs une action *mandati* et contre les associés bénéficiaires quand la répétition est admise, une action en recom-

blement de leur apport. Ces deux actions sont sociales. La société peut ou non les exercer, elle peut les abandonner. Quand la société reste inactive, outre l'action oblique des tiers (art. 1166), la jurisprudence admet l'exercice individuel de l'action sociale. Quand au contraire, pour une raison ou pour une autre, la société ne possède plus l'action sociale, le droit des uns et des autres disparaît.

Les tiers possèdent contre les distributeurs de dividendes fictifs l'action née des articles 1382 et 1383, et contre les bénéficiaires une action en recomblement de leur apport, lorsque la répétition est admise; il n'appartient pas à la société de les priver de l'une ou l'autre de ces actions.

Quant à la prescription, elle est trentenaire entre les associés. Pour les actions des tiers contre les distributeurs, elle est en principe de cinq ans (art. 64 Code de comm.), lorsque ceux-ci sont associés; de trente s'ils sont étrangers. Certains arrêts admettent cependant la prescription de trente ans dans tous les cas. Les actions en répétition des tiers contre les associés se prescrivent par cinq ans dans les commandites par actions et les sociétés anonymes; par trente ans dans tous les autres cas.

Le résultat atteint par la loi est-il satisfaisant? Il est permis d'en douter. Le législateur sera peut-être pendant longtemps encore réduit à des tâtonnements pour la règlementation de cette matière délicate des sociétés.

Comme nous le constations au début, la loi lutte depuis un siècle contre les fraudes que provoque l'es-

sor immense des sociétés commerciales et presque toujours elle est vaincue, car à chaque nouvelle restriction est opposée une fraude nouvelle ; l'imagination des spéculateurs est inépuisable.

Ce n'est pas, pensons-nous, par des dispositions comme celles de l'article 10 de la loi de 1867, violant si gravement les principes du droit, que l'on parviendra à enrayer le mal ; l'amélioration de certaines situations particulières obtenue par la violation des principes fondamentaux, ne justifie jamais le sacrifice injuste des intérêts opposés, toujours respectables.

Un autre vice capital de la législation actuelle consiste dans les différences et les contradictions inexplicables et injustifiables qui existent entre les régimes légaux des diverses sociétés.

Il est une réforme qui s'impose : la refonte des dispositions éparses des diverses lois sur les sociétés, en une loi unique et homogène. Peut-être au moment où cette réforme se produira devrait-on abandonner le système de la règlementation dont les résultats ont été si peu satisfaisants et inaugurer hardiment le système de la liberté la plus large, limitée seulement par les prescriptions d'ordre public et accompagnée de la publicité la plus considérable (1).

Ne vaudrait-il pas mieux *la liberté* avec tous ses risques, que la *protection illusoire* de la loi avec

(1) Voyez Discussion de la loi de 1867 au Corps législatif. Discours et proposition de loi de M. Emile Ollivier (séance du 27 mai 1867, *Moniteur* de 1867, p. 636 et s.) et discours de M. Jules Simon (séance du 27 mai 1867, *id.*).

toutes ses entraves ? Ne serait-il pas préférable que chacun, persuadé qu'il ne peut compter que sur soi, apprît à consulter attentivement la constitution physique et morale, peut-on dire, de toute société avec laquelle il se propose de contracter, comme il ne manquerait pas de le faire vis-à-vis d'un tiers quelconque ? Un tel régime n'amènerait-il pas à la fois plus de sécurité dans les rapports des sociétés avec les tiers et les associés, et une sélection inévitable, ne laissant subsister que les sociétés sérieuses, puisque ce serait à elles seules qu'irait la confiance ? Nous le croyons fermement.

Quoi qu'il en soit, nous espérons qu'au jour, que nous désirons prochain, où le législateur s'occupera de nous donner une *loi sérieuse* sur les sociétés, il saura concilier le respect des principes avec la sauvegarde des intérêts particuliers.

ANNEXES

Projet de loi du 16 février 1838.

(*Moniteur* du 16 février 1838.)

ARTICLE PREMIER. — Le capital des sociétés en commandite ne peut être divisé en actions. . . .

. . . . . .

ART. 4. — Aucune répartition ne pourra être faite aux actionnaires, sous quelque dénomination que ce soit, que sur des bénéfices nets constatés par les inventaires qui auront été dressés par les administrateurs et vérifiés dans la forme déterminée par l'acte de Société;

Toute répartition, faite en dehors desdits inventaires, sera sujette à rapport;

Les administrateurs seront responsables solidairement et par corps, de toute répartition faite sans inventaire préalable, ou en dehors des inventaires, ou en vertu d'inventaires dans l'établissement desquels ils seraient coupables de dol ou de faute grave.

Projet de loi déposé le 1er juin 1856

(*Moniteur* du 16 juin 1856)

DEVENU LA LOI DU 17 JUILLET 1856.

ART. 8. — Les membres du conseil de surveillance . . . . . surveillent les inventaires et s'opposent à ce qu'il soit distribué des dividendes fictifs.

ART. 10. — Les membres du conseil de surveillance sont responsables solidairement et par corps avec le gérant . . . . . .

2° Lorsqu'ils ont, en connaissance de cause, consenti à la distribution de dividendes non justifiés par inventaires sincères et réguliers.

Loi du 17 juillet 1856.

(*Moniteur* du 25 juillet 1856.)

ART. 10. — Tout membre d'un conseil de surveillance est responsable avec le gérant solidairement et par corps . . . . . .

2° Lorsqu'il a, en connaissance de cause, consenti à la distribution de dividendes non justifiés par des inventaires sincères et réguliers.

ART. 13. — Sont punis des peines portées par l'article 405 du Code pénal, sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie. . . . . .

3° Les gérants qui, en l'absence d'inventaires ou

au moyen d'inventaires frauduleux, ont opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes non acquis à la société.

Loi du 23 mai 1863.

(*Moniteur* du 10 août 1863.)

ART. 27. — Les administrateurs. . . . . sont tenus solidairement du préjudice qu'ils peuvent avoir causé soit aux tiers soit aux associés en distribuant ou en laissant distribuer sans opposition, des dividendes qui d'après l'état de la société, constaté par les inventaires, n'étaient pas réellement acquis.

ART. 31. — Sont punis des peines portées par l'article 405 du Code pénal sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie . . . . . .

3° Les administrateurs qui, en absence d'inventaires ou au moyen d'inventaires frauduleux, ont opéré ou laissé opérer sciemment et sans opposition, la répartition de dividendes non réellement acquis.

Projet de loi du 28 mars 1865

(*Moniteur* du 6 avril 1865.)

DEVENU LA LOI DU 24 JUILLET 1867.

TITRE I. — **Des sociétés en commandite par actions.**

ART. 7. — Chaque membre du conseil de surveillance. . . . . est tenu solidairement avec le

gérant des dommages causés à la société et aux tiers . . . . . .

2° Lorsqu'il a, en connaissance de cause, consenti à la distribution de dividendes fictifs.

ART. 10. — Sont punis des peines portées par l'article 405 du Code pénal sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie . . . . . .

3° Les gérants qui en l'absence d'inventaires ou au moyen d'inventaires frauduleux ont opéré entre les actionnaires la répartition de dividendes fictifs. . .

. . . . . .

Les membres du conseil de surveillance ne sont pas civilement responsables des délits commis par le gérant.

TITRE II. — **Des sociétés anonymes.**

ART. 40. — Les administrateurs seront responsables conformément aux règles du droit commun, individuellement ou solidairement selon les cas, envers la société ou envers les tiers . . . . . des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion, notamment en distribuant ou en laissant distribuer sans opposition des dividendes fictifs.

ART. 44. — Sont punis des peines portées par l'article 405 du Code pénal sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du délit d'escroquerie . . . . . .

3° Les administrateurs qui en l'absence d'inventaires ou au moyen d'inventaires frauduleux ont opéré la répartition des dividendes fictifs.

Loi du 24 juillet 1867.

Titre I. — Des sociétés en commandite par actions.

Art. 9. — Chaque membre du conseil de surveillance est responsable de ses fautes personnelles, dans l'exécution de son mandat, conformément aux règles du droit commun.

Art. 10. — Les membres du conseil de surveillance. . . . . .
font chaque année à l'assemblée générale un rapport dans lequel ils doivent signaler les irrégularités et inexactitudes qu'ils ont reconnues dans les inventaires et constater, s'il y a lieu, les motifs qui s'opposent aux distributions de dividendes proposées par le gérant. Aucune répétition de dividende ne peut être exercée contre les actionnaires, si ce n'est dans le cas où la distribution aura été faite en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire. L'action en répétition dans le cas où elle est ouverte, se prescrit par cinq ans à partir du jour fixé pour la distribution des dividendes. Les prescriptions commencées à l'époque de la promulgation de la présente loi, et pour lesquelles il faudrait encore suivant les lois anciennes plus de cinq ans à partir de la même époque, seront accomplies par ce laps de temps.

Art 15. — Sont punis des peines portées par l'article 405 du Code pénal sans préjudice de l'application de cet article à tous les faits constitutifs du

délit d'escroquerie . . . . . .

3° Les gérants qui en l'absence d'inventaires ou au moyen d'inventaires frauduleux, ont opéré entre les actionnaires la répartition des dividendes fictifs.

Les membres du conseil de surveillance ne sont pas civilement responsables des délits commis par le gérant.

ART. 43. — L'étendue et les effets de la responsabilité des commissaires envers la Société sont déterminés d'après les règles générales du mandat.

TITRE II. — Des sociétés anonymes.

ART 44. — Les administrateurs seront responsables conformément aux règles du droit commun, individuellement ou solidairement suivant les cas, envers la Société ou envers les tiers soit des infractions aux dispositions de la présente loi, soit des fautes qu'ils auraient commises dans leur gestion, notamment en distribuant ou en laissant distribuer sans opposition des dividendes fictifs.

ART. 45. — Les dispositions des articles 13, 14, 15 et 16 de la présente loi sont applicables en matière de Sociétés anonymes, sans distinction entre celles qui sont actuellement existantes et celles qui se constitueront sous l'empire de la présente loi. Les administrateurs qui en l'absence d'inventaire ou au moyen d'inventaires frauduleux auront opéré des distributions de dividendes fictifs seront punis de la peine qui est prononcée dans ce cas par le n° 3 de l'article 15 contre les gérants des Sociétés en commandite. Sont

également applicables en matière de Sociétés anonymes, les dispositions des trois derniers paragraphes de l'article 10.

Projet de loi voté par le Sénat le 29 novembre 1884.

ART. 29. — Les statuts peuvent déclarer que des intérêts seront payés aux actionnaires même en l'absence de bénéfices, sous les conditions suivantes :

1° Que le taux des intérêts ne puisse pas dépasser cinq pour cent des *sommes versées ;*

2° Que ce prélèvement ne puisse avoir lieu que pendant la période de premier établissement dont le terme est fixé par les statuts sans pouvoir être dépassé ;

3° Que cette clause des statuts soit rendue publique.

Aucune répétition ne peut être exercée que s'il a été contrevenu aux dispositions qui précèdent.

L'action en répétition dans le cas ou elle s'exerce, se prescrit par cinq ans à compter du jour fixé pour le paiement des intérêts.

VU : *Le Président de la Thèse,*
FRAISSAINGEA.

VU : *Le Doyen de la Faculté de droit,*
A. DELOUME.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Toulouse, le 4 juin 1903.
Le Recteur,
Président du Conseil de l'Université,
PERROUD.

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE v

INTRODUCTION 1

TITRE PREMIER

Dividendes réels et Dividendes fictifs 5

CHAPITRE PREMIER. — Dividendes et Benéfices 7

CHAPITRE II. — De l'inventaire 32

CHAPITRE III. — Des Intérêts 46

TITRE II

Des responsabilités mises en jeu par les distributions de dividendes fictifs 73

Aperçu général 75

CHAPITRE PREMIER. — Première période : Régime du Code de Commerce 77

CHAPITRE II. — Deuxième période : Lois de 1856 à 1867. 87

Section première. — Distributeurs de dividendes fictifs ou personnes responsables de ces distributions 87

§ 1er. — Loi du 17 juillet 1856 87

§ 2. — Loi du 23 mai 1863 95

Section II. — Bénéficiaires des distributions de dividendes fictifs. Situations respectives des associés et des tiers..... 98

Chapitre III. — Troisième période : Loi du 24 juillet 1867..... 107

Section première. — Distributeurs de dividendes fictifs ou personnes responsables de ces distributions..... 107

§ 1er. — Responsabilité des personnes qui ont effectué et de celles qui ont toléré les distributions de dividendes fictifs... 108

§ 2. — Exercice de l'action en responsabilité. — Action sociale, action individuelle..... 133

Section II. — Bénéficiaires des distributions de dividendes fictifs..... 146

Section III. — Les dispositions de la loi du 24 juillet 1867 peuvent-elles être étendues aux Sociétés autres que les Sociétés par actions. 155

Conclusion..... 161

ANNEXES

Projet de loi du 16 février 1838..... 165
Projet de loi du 1er juin 1856..... 166
Loi du 17 juillet 1856..... 166
Loi du 23 mai 1863..... 167
Projet de loi du 28 mars 1865..... 167
Loi du 24 juillet 1867..... 169
Projet de loi voté par le Sénat le 29 novembre 1884... 171

Toulouse. — Impr. Saint-Cyprien, allées de Garonne, 27.